

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR ENERGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L.U. CONTRA EL ACUERDO DE LA DIRECTORA DE ENERGÍA DE 25 DE MARZO DE 2021 ADOPTADO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO CFT/DE/051/21.

R/AJ/083/21

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Mariano Bacigalupo Saggese

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 4de noviembre de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de marzo de 2021 (por el que se notifica a esa empresa el inicio del procedimiento CFT/DE/051/21 y por el que, asimismo, se notifica que no concurren las circunstancias para adoptar una medida cautelar), la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Interposición del conflicto de gestión del sistema (procedimiento CFT/DE/051/21).

El 16 de marzo de 2021 Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. interpuso ante la CNMC un conflicto de gestión del sistema frente a la comunicación del Operador del Sistema de 19 de febrero de 2021 (en la que en la que se considera que existe falta de capacidad técnica de parte de Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. para prestar el servicio de regulación secundaria de la Zona EVM y de la Zona VM2, por lo que se insta a esa empresa a introducir, en el plazo de un mes, las mejoras necesarias para alcanzar la calidad de servicio exigible, advirtiendo que, en el caso de no hacerlo, se procederá a retirar habilitación para prestar el mencionado servicio en las zonas indicadas).

En su escrito de interposición de conflicto, Energya VM Gestión de Energía solicitaba a la CNMC la adopción de una medida cautelar: *“...se acuerde la adopción de la medida provisional de suspensión de la Comunicación de REE hasta la resolución del presente conflicto y, en particular, que se ordene a REE que se abstenga de llevar a cabo cualquier actuación en relación con la retirada de la habilitación de las Zonas de regulación EVM y VM2.”*

Adicionalmente, en el escrito de interposición, se requería de la Sala de Competencia que emitiese un informe, al amparo del artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, analizando el servicio de regulación secundaria:

“TERCER OTROSÍ DIGO que toda vez que el asunto objeto de debate tiene un gran impacto para la competencia, ya que en el servicio de banda secundaria hay una gran concentración de operadores con una importante cuota de sus zonas de regulación y con posición de dominio, aspectos que no se han tenido en cuenta a la hora de determinar los criterios del servicio de banda secundaria y que de mantenerse supondrá la expulsión del mercado de los operadores más pequeños, se solicita a la Sala de Competencia de esta Comisión que emita un informe analizando dichos extremos, de conformidad con el artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013 («Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones: [...] h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos»)

SOLICITO DE NUEVO que la Sala de Competencia emita un informe en el que se analice el impacto en la competencia del servicio de regulación secundaria.”

Segundo. Acuerdo de la Directora de Energía de 25 de marzo de 2021.

El 25 de marzo de 2021 la Directora de Energía acordó notificar a Energya VM Gestión de Energía el inicio del correspondiente procedimiento (a fin de resolver el conflicto de gestión del sistema). En esa notificación se indicaba el objeto del procedimiento, su plazo de duración y el número de referencia del expediente (CFT/DE/051/21), y se avisaba de la utilización de los medios electrónicos para la realización de los trámites del procedimiento.

Asimismo, en relación con la medida cautelar solicitada, se indicaba lo siguiente:

“Respecto del primer otrosí, por el que se solicita la adopción de una medida cautelar, analizado el contenido de la comunicación del OS de 19 de febrero de 2021 se considera que no concurren circunstancias actuales que determinen la necesidad de proponer la suspensión de dicha comunicación, por cuanto la misma no es susceptible por sí sola de ocasionar los perjuicios invocados, sin menoscabo de lo que resulte de la instrucción del procedimiento y mientras no se produzca efectivamente la retirada de las habilitaciones previamente concedidas.”

Al respecto del informe a emitir por la Sala de Competencia, el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de marzo de 2021 indicaba lo siguiente:

“Sobre el tercer otrosí, por el que se solicita la emisión de un informe de la Sala de Competencia, se le comunica que dicha petición no constituye objeto del presente procedimiento.”

Energya VM Gestión de Energía accedió al contenido de esta notificación de la Dirección de Energía el 31 de marzo de 2021.

Tercero. Interposición de recurso de alzada.

El 13 de abril de 2021 Energya VM Gestión de Energía presentó en el registro de la CNMC recurso de alzada contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de marzo de 2021, al entender que se había producido la desestimación de la medida cautelar solicitada y la denegación de un medio probatorio (consistente en el informe a emitir por la Sala de Competencia), y al estimar que ambas cosas son contrarias a Derecho.

Por ello, Energya VM Gestión de Energía solicita a la Sala de Supervisión Regulatoria que anule el acuerdo de la Directora de Energía en los dos aspectos mencionados:

“SOLICITO que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y se tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE ALZADA frente a la Resolución recurrida, y, en su mérito, previa su tramitación, dicte resolución por la que se anule en parte la Resolución de la Dirección General de Energía y declare:

- a) La falla de competencia de la Dirección General para resolver sobre la medida provisional solicitada.*
- b) La adopción de la medida provisional de suspensión de cualquier actuación de REE en ejecución de la Comunicación de REE que ha sido objeto del presente conflicto y mientras se tramite el mismo.*
- c) Se ordene la emisión de informe de la Sala de Competencia en el seno del presente conflicto.*
- d) Se confirme, en todo lo demás, la Resolución recurrida.”*

El recurso de alzada lo fundamenta Energya VM Gestión de Energía en los siguientes argumentos:

- Corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria (y no a la Dirección de Energía) resolver sobre la medida cautelar solicitada.
- Concurren los requisitos para suspender las actuaciones del Operador del Sistema por las que se pretenda ejecutar la comunicación de 19 de febrero de 2021.
- El artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, prevé informe de la Sala de Competencia en los asuntos que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados

Cuarto. Comunicaciones de inicio del procedimiento relativo al recurso.

Mediante escritos de 23 de abril de 2021, se comunicó a Energya VM Gestión de Energía y al Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.) el inicio del procedimiento correspondiente al recurso de alzada interpuesto. Al Operador del Sistema se le dio traslado del recurso, confiriéndole plazo para alegaciones.

Quinto. Alegaciones del Operador del Sistema.

El 12 de mayo de 2021 se recibió en el registro de la CNMC escrito de alegaciones del Operador del Sistema. En esas alegaciones, el Operador del Sistema discrepa de los fundamentos y argumentaciones contenidos en el recurso de alzada de Energya VM Gestión de Energía. No obstante, el Operador del Sistema afirma que *“debemos señalar que el OS no ha procedido durante la tramitación del presente conflicto de gestión económica y técnica a retirar las habilitaciones de las zonas de regulación objeto de la Comunicación, a la espera de que se resuelva el mismo o, en su caso, el presente recurso de alzada”*.

Sexto. Resolución del conflicto de gestión del sistema.

El 30 de septiembre de 2021 la Sala de Supervisión Regulatoria ha resuelto el conflicto de gestión del sistema interpuesto por Energya VM Gestión de Energía. Por medio de esta resolución se ha acordado *“Desestimar, en el sentido señalado en el fundamento de derecho cuarto, el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por ENÉRGYA VM, GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L. frente al Operador del Sistema en relación con su comunicación de 19 de febrero de 2021 sobre una supuesta falta de capacidad técnica para la prestación del servicio de regulación secundaria por parte de la Zona EVM y la Zona VM2 durante el periodo comprendido entre el día 1 de noviembre de 2020 y el día 31 de enero de 2021”*.

En concreto en el aludido fundamento de derecho cuarto se indica lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que, de un modo principal, las pretensiones de ENÉRGYA VM consisten en que se declare que el Operador del Sistema no puede proceder a retirar la habilitación a una zona de regulación sin que con carácter previo la CNMC haya hecho una publicación de criterios al respecto, y que, asimismo, se declare que en el caso concreto de las Zonas EVM y VM2 no existe causa de inhabilitación de ENÉRGYA VM ni por falta de capacidad técnica ni por inadecuada prestación del servicio, procede desestimar el conflicto presentado al respecto de tales pretensiones. Como se ha señalado, si no se introdujeran las mejoras que han quedado especificadas a ENÉRGYA VM, procederá la retirada de su habilitación para la prestación del servicio.”

En relación con la medida cautelar que fue solicitada por Energya VM Gestión de Energía, la resolución de 30 de septiembre de 2021 indica lo siguiente:

“Por otra parte, al respecto de la medida cautelar que fue solicitada por ENÉRGYA VM en el escrito de interposición del conflicto, la tramitación del procedimiento ha revelado la innecesariedad de valorar la misma, al expresar el Operador del Sistema, en su escrito de 9 de abril de 2021, incorporado al procedimiento, que ha procedido a suspender motu proprio la posible decisión de retirada de la habilitación de ENÉRGYA VM (que se contempla en el apartado 4 del P.O. 7.2) hasta que la CNMC adopte su decisión en el conflicto.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial.

Energya VM Gestión de Energía ha interpuesto recurso de alzada contra el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de marzo de 2021.

Conforme al artículo 8.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Consejo resolver los recursos contra los actos y decisiones de otros órganos de la CNMC. De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la Sala de Supervisión Regulatoria es, en concreto, competente para resolver el presente recurso, interpuesto contra una decisión adoptada por el Director de Energía.

Segundo. Pérdida de objeto del recurso en lo que se refiere a la adopción de la medida cautelar.

Uno de los aspectos a los que se refiere el recurso de alzada de Energya VM Gestión de Energía es el de la adopción de una medida cautelar consistente en que, durante la tramitación del procedimiento CFT/DE/051/21, se suspenda la decisión del Operador del Sistema de inhabilitarle para prestar el servicio de regulación secundaria en las zonas EVM y VM2, hasta que tenga lugar la resolución de dicho procedimiento de conflicto, que Energya VM Gestión de Energía ha interpuesto ante la CNMC.

Como pone de relieve la resolución de esta Sala de 30 de septiembre de 2021, esa decisión (la de suspender la inhabilitación) fue adoptada por el Operador del Sistema por iniciativa propia, al conocer de la interposición del conflicto. De este modo, la inhabilitación no se ha llevado a efecto durante la tramitación del conflicto.

Así, pues, la medida cautelar solicitada por Energya VM Gestión de Energía devino innecesaria, perdiendo su objeto. Con ello, perdió también su objeto el recurso de alzada (en la parte del mismo que se refiere a dicha medida cautelar).

Adicionalmente, el procedimiento CFT/DE/051/21 (en cuyo marco -y hasta el momento de cuya finalización- había de tener efecto la medida cautelar solicitada) se encuentra ya resuelto, habiéndose además pronunciado ya esta Sala -como órgano competente- acerca de la innecesariedad de adoptar la medida cautelar (fundamento de derecho primero de la resolución de 30 de septiembre de 2021).

Según el artículo 21.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “*En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables*”.

Tercero. Improcedencia de realizar un estudio de investigación sobre el servicio de regulación secundaria a los efectos de poder resolver el procedimiento de conflicto.

El otro de los aspectos a los que se refiere el recurso de alzada de Energya VM Gestión de Energía es el de la emisión de un informe por parte de la Sala de Competencia al amparo del artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Este precepto establece lo siguiente:

“1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

(...)

h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

(...)”

Esta función prevé la promoción por parte de la CNMC, o la realización por la misma, de estudios de investigación o trabajos de investigación, o de informes de tipo general, en materia de competencia, sobre sectores económicos.

Lo que Energya VM Gestión de Energía solicitó a la CNMC en su escrito de interposición del conflicto fue el ejercicio de esta función. Sin embargo, tras la contestación recibida de la Dirección de Energía, Energya VM Gestión de Energía transforma -con ocasión de su recurso de alzada- esta petición en una solicitud de medio de prueba, y también en una solicitud de emisión del informe preceptivo al que se refiere el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, aspectos a los que de ningún modo aludía Energya VM Gestión de Energía en su escrito de interposición del conflicto.

Esta Sala considera que la respuesta dada por la Dirección de Energía el 25 de marzo de 2021 a Energya VM Gestión de Energía es correcta, si nos atenemos a la solicitud que realmente fue planteada por esta empresa.

El artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, contempla una actuación de la CNMC que es diferente de la que se contempla en el artículo 12 (la de resolución de conflictos), con lo que la contestación dada por la Dirección de

Energía el 25 de marzo de 2021 (que “*dicha petición no constituye objeto del presente procedimiento*”) no merece reproche alguno. El procedimiento para resolver un concreto conflicto de gestión del sistema -que existe entre el Operador del Sistema y otro sujeto del sistema eléctrico- no es el cauce para llevar a cabo un estudio de investigación de tipo general del servicio afectado, a los efectos del análisis de la competencia en el mismo.

En cualquier caso, respecto del carácter que Energya VM Gestión de Energía otorga a su petición con ocasión del recurso de alzada, cumple indicar lo siguiente:

- No puede ser considerada necesaria para la instrucción de un conflicto la realización de un estudio de competencia de tipo programático. Para la resolución de un conflicto se aplica el Derecho vigente. El estudio contemplado en el artículo 5.1.h) podrá ser la base para llevar a cabo actuaciones de diverso tipo (consideraciones regulatorias, propuestas normativas...) pero no puede ser la base sobre la que se justifique la resolución de un conflicto.
- Lo que contempla el artículo 14.2 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), que desarrolla el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, es que la Sala de Competencia emita informe preceptivo en los conflictos de energía que traten sobre el acceso a la red:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, se solicitará informe preceptivo en los siguientes asuntos:

(...)

i) Respecto del artículo 12.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, los asuntos previstos en los apartados a).1.º, 3.º, 5.º, 6.º y 8.º, b).1.º, c), d).1.º y 2.º, e) y f). 5.º

(...)”

Como se aprecia, para la letra b) (referida a los mercados de electricidad y gas), el precepto contempla sólo el caso 1º (relativo a los conflictos de acceso) y no el 2º (relativo a los conflictos de gestión).

Una solicitud de un particular -planteada a tal efecto- no podría en ningún caso alterar la distribución de asuntos entre las salas del Consejo de la CNMC, ni los supuestos en que una Sala ha de emitir informe en los asuntos de la otra Sala.

En cualquier caso, la resolución del presente recurso, así como la del procedimiento CFT/DE/051/21, deben entenderse sin perjuicio de los informes u otras actuaciones que esta Comisión considere oportuno emitir al amparo del artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en relación con los servicios de ajuste del sistema eléctrico (y la regulación secundaria en particular), y cuyos efectos quedarán al margen de la resolución del conflicto existente entre

Energya VM Gestión de Energía y el Operador del Sistema (como materia objeto del mencionado procedimiento CFT/DE/051/21).

Vistos los hechos y fundamentos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria

ACUERDA

PRIMERO. Declarar la pérdida de objeto del recurso de alzada interpuesto por Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. al respecto de su pretensión relativa a la adopción de una medida cautelar.

SEGUNDO. Desestimar en lo demás el recurso de alzada interpuesto por Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. contra el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de marzo de 2021.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.