

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO PLANTEADO POR ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENDESA ENERGIA, SUCURSAL EN PORTUGAL, ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L. Y ENDESA ENERGIA RENOVABLE, S.L. FRENTE A OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. POR ACTUACIONES REALIZADAS EN EL MARCO DEL MECANISMO DE AJUSTE ESTABLECIDO POR EL REAL DECRETO-LEY 10/2022, DE 13 DE MAYO

Expediente CFT/DE/199/22

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D^a. María Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 8 de septiembre de 2022.

Vista la solicitud de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENDESA ENERGIA, SUCURSAL EN PORTUGAL, ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L. Y ENDESA ENERGIA RENOVABLE, S.L. por el que se plantea un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico frente a OMI-POLO ESPAÑOL, S.A., en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) 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, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba el siguiente Acuerdo:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de junio de 2022 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la representación legal de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENDESA ENERGIA, SUCURSAL EN PORTUGAL, ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L. y ENDESA ENERGIA RENOVABLE, S.L. (en adelante y por todas, ENDESA) por el que se plantea un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico frente a OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE) por sus actuaciones realizadas en el marco del mecanismo de ajuste establecido por el

Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, de las que resulta que están obligadas al pago del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, con posterioridad al 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente.

En el escrito de interposición del conflicto ENDESA alega lo siguiente, de forma aquí resumida:

- OMIE ha realizado diversas actuaciones en el ejercicio de las funciones que le asignan el RDL 10/2022 y las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de energía eléctrica (comprendidas, entre otras, la adopción de las liquidaciones diarias giradas a ENDESA desde la fecha en la que se puso en marcha el mecanismo de ajuste, la emisión de las facturas correspondientes a tales liquidaciones y la formulación del requerimiento de formalización de las garantías a las que se refiere el artículo 10 RDL 10/2022), en todas las cuales ha considerado que no está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada, entre otros, a los contratos prorrogados tácitamente a partir del día 26 de abril de 2022 sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole.
- Conforme al artículo 8.1 RDL 10/2022, los titulares de las unidades de adquisición podrán resultar exentos del pago del coste del ajuste por aquella parte de su energía que se encuentre sujeta a instrumentos de cobertura a plazo, precisando el segundo párrafo de dicho apartado 1 lo siguiente: *“En todo caso, solo aquellos instrumentos de cobertura a plazo firmados con anterioridad al 26 de abril de 2022 podrán ser empleados como medio para que la energía asociada a los mismos resulte exenta del pago del coste del ajuste de conformidad con lo establecido en este artículo. Los instrumentos de cobertura a plazo firmados con posterioridad a dicha fecha, así como las renovaciones, revisiones de precio o prórrogas de los instrumentos de cobertura de fecha anterior al 26 de abril de 2022 que se produzcan con posterioridad a dicha fecha, no podrán emplearse como medio para que la energía asociada a los mismos pueda resultar exenta del pago del coste del ajuste.”* Igualmente, invoca lo dispuesto por el artículo 8.6 del citado Real Decreto-ley.
- En las condiciones generales de contratación de la mayor parte de los contratos de ENDESA se establece que *“cada uno de los Suministros contratados con Endesa tendrá la duración de 1 año a contar desde el inicio del servicio y será prorrogado automáticamente por periodos anuales de no mediar comunicación fehaciente por las partes con 1 mes de antelación a la fecha de vencimiento (15 días en caso de energía eléctrica) y salvo lo dispuesto en la Condición General 9ª”* (referida a situaciones de impago, concursos de acreedores y similares).
- Conforme a lo previsto por el artículo 8 RDL 10/2022, ENDESA presentó ante OMIE, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de entrada en vigor de dicho RDL y posteriormente, con periodicidad semanal, la declaración responsable y la información correspondiente a la energía exenta del pago del coste del ajuste. En dicha información, ENDESA consideró energía exenta a la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día

- 26 de abril de 2022, habían quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole.
- OMIE puso en conocimiento de ENDESA el criterio de la CNMC en cuya virtud la energía asociada a tales contratos no está exenta, tras lo cual todas las actuaciones posteriores de OMIE en aplicación del RDL 10/2022 se han llevado a cabo acogiendo tal criterio. En consecuencia, las liquidaciones diarias giradas a ENDESA por OMIE han incluido, como coste a su cargo, el pago del coste del ajuste correspondiente a dicha energía, el cual se ha reflejado, lógicamente, en las correspondientes facturas emitidas.
 - Invalidez de las Actuaciones de OMIE por vulnerar el artículo 8 RDL 10/2022, ya que éste debe interpretarse en el sentido de que está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole. En esos contratos, el adquirente (el comercializador, en el caso al que se refiere el párrafo tercero del artículo 8.6 RDL 10/2022) no obtiene beneficio ninguno como resultado de la reducción de los precios mayoristas. Concluye que la consideración del elemento sistemático de interpretación confirma las conclusiones resultantes de la ponderación de los elementos teleológico y literal.
 - Subsidiariamente, ENDESA alega la invalidez de las actuaciones de OMIE derivada de la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea y con la Constitución del artículo 8 RDL 10/2022, aplicado por aquéllas, al someter dicho precepto a la obligación de pagar el coste del ajuste a la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole.
 - Adicionalmente, invalidez de las Actuaciones de OMIE derivada de la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del conjunto del mecanismo de ajuste (incluida la obligación de pagar el coste del ajuste impuesta a determinados sujetos) establecido por el RDL 10/2022.
 - Subsidiariamente respecto de los motivos precedentes, invalidez de las actuaciones de OMIE por no haber considerado que está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole, en los 15 días hábiles contados a partir del 26 de abril de 2022.

ENDESA concluye su escrito solicitando que se declare que las mencionadas actuaciones de OMIE no son conformes a Derecho y se anulen, que se devuelvan con sus intereses legales la parte del importe que hayan abonado o que abone en cumplimiento de las liquidaciones diarias giradas o que les gire OMIE correspondientes a la energía asociada a los contratos objeto del conflicto, que se minore el importe de las garantías que se le hayan exigido o se le exijan en aplicación del artículo 10 RDL 10/2022 y que se le abone la parte de los costes de las garantías soportados correspondiente al importe de la reducción,

así como los correspondientes intereses legales. Subsidiariamente, que se le devuelva la parte del importe que haya abonado o que abone en cumplimiento de las liquidaciones diarias giradas o que le gire OMIE que corresponda a la energía asociada a esos contratos en los 15 días hábiles contados a partir del 26 de abril de 2022 con sus intereses legales, así como de las correspondientes garantías. Así mismo, ENDESA solicita la adopción de medidas provisionales de suspensión de la eficacia de las liquidaciones diarias giradas por OMIE que estén pendientes de pago y que se le requiera para que en las actuaciones que realice en lo sucesivo y mientras se resuelve el presente conflicto, en el marco del mecanismo de ajuste establecido por el RDL 10/2022, no imponga la obligación de pagar el coste del ajuste a la energía asociada a tales contratos.

SEGUNDO. Comunicaciones de inicio del procedimiento

Una vez examinada por los Servicios de esta Comisión la solicitud y la documentación que se acompaña, mediante sendos escritos de 4 de julio de 2022 la Directora de Energía de la CNMC comunicó a ENDESA y a OMIE el inicio del correspondiente procedimiento administrativo de resolución del conflicto planteado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015). Asimismo, se dio traslado a OMIE del escrito presentado por la solicitante, concediéndose un plazo de cinco días para formular alegaciones y aportar los documentos que estimase convenientes en relación con el objeto del conflicto y se notificó a ambas interesadas que, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 39/2015, se acordaba la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia.

TERCERO. Alegaciones de OMIE

Mediante documento con entrada en el Registro de la CNMC el día 12 de julio de 2022, OMIE presentó las siguientes alegaciones en relación con el objeto del conflicto, recogidas de forma resumida:

- Se ha limitado a trasladar a sus actuaciones, de forma puntual, íntegra y ordenada, los criterios adoptados y comunicados expresamente por el regulador sobre el mecanismo de ajuste regulado en el RD-Ley 10/2022, constituyéndose exclusivamente en la entidad transmisora formal de los requisitos materiales exigidos por el legislador y el regulador, sin que a la vista de las atribuciones que le han sido encomendadas en las previsiones contenidas en el RD-Ley 10/2022 quepa esperar otra conducta.
- Las actuaciones realizadas, relativas a la liquidación, facturación y exigencia de garantías relacionados con el mecanismo de ajuste, se han realizado en aplicación estricta de lo dispuesto en la normativa.

OMIE concluye su escrito solicitando que se dicte resolución por la que, desestimando el conflicto planteado, se declare la regularidad y sometimiento a Derecho de la actuación del Operador del Mercado, en forma y contenido.

CUARTO. Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 13 de julio de 2022 se puso de manifiesto a las partes interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, pudieran examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

En fecha 21 de julio de 2022 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de ENDESA, en el que argumenta que OMIE no ha alegado sobre el fondo del asunto y que la limitación a ser una entidad transmisora formal no desvirtúa el planteamiento del conflicto.

Transcurrido el plazo concedido, OMIE no ha presentado alegaciones en el trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Del relato fáctico que se ha realizado en los antecedentes de hecho, se deduce claramente la naturaleza del presente conflicto como de gestión económica y técnica del sistema eléctrico.

Esta consideración no ha sido objeto de debate por ninguno de las partes interesadas.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

La presente resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema que se atribuye a la CNMC en el artículo 12.1.b) 2º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013).

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que *“El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones... de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar”*. En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21 de la citada Ley 3/2013.

TERCERO. Consideraciones sobre la invalidez de las actuaciones de OMIE por vulnerar la interpretación que debe darse al artículo 8 del Real Decreto-ley 10/2022

La alegación segunda del escrito de planteamiento de conflicto de ENDESA aduce la invalidez de las actuaciones de OMIE por vulnerar el artículo 8 del Real

Decreto-ley 10/2022, ya que éste debería interpretarse en el sentido de que está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole.

Igualmente, la alegación quinta del citado escrito plantea en particular la invalidez de las actuaciones de OMIE por no haber considerado que está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole, en los 15 días hábiles contados a partir del 26 de abril de 2022.

Al respecto debe considerarse que, tal y como indica la propia solicitante, el segundo párrafo del artículo 8.1 del Real Decreto-ley 10/2022 dispone expresa y literalmente que *“en todo caso, solo aquellos instrumentos de cobertura a plazo firmados con anterioridad al 26 de abril de 2022 podrán ser empleados como medio para que la energía asociada a los mismos resulte exenta del pago del coste del ajuste de conformidad con lo establecido en este artículo”*. A continuación, el citado párrafo establece taxativamente que *“los instrumentos de cobertura a plazo firmados con posterioridad a dicha fecha, así como las renovaciones, revisiones de precio o prórrogas de los instrumentos de cobertura de fecha anterior al 26 de abril de 2022 que se produzcan con posterioridad a dicha fecha, no podrán emplearse como medio para que la energía asociada a los mismos pueda resultar exenta del pago del coste del ajuste.”*

En idéntica línea de expresa literalidad, el artículo 8.6 del citado Real Decreto-ley, también citado por ENDESA, dispone que *“cuando la energía sujeta a instrumentos de cobertura a plazo sea bilateralizada, entre empresas de generación y comercialización pertenecientes a un mismo grupo verticalmente integrado, las comercializadoras de energía eléctrica podrán presentar la energía asociada a los contratos de suministro celebrados o prorrogados con los consumidores finales en España o en Portugal con precio fijo con anterioridad al 26 de abril de 2022 en tanto no se renueven ni se prorroguen ni sus precios se vean modificados antes de la fecha de finalización del contrato o de la prórroga, y que permitan justificar la existencia de precios fijos de suministro asociados al coste de la energía a sus consumidores finales como medio para declarar la exención de la energía asociada a dichos contratos en el cálculo del reparto del coste del ajuste”*.

A mayor abundamiento y como también señala la solicitante en su escrito de interposición, consta que OMIE había comunicado a ENDESA mediante correo electrónico de 27 de mayo de 2022 el requerimiento de subsanación cursado por la CNMC a dicho operador en misma fecha y por el mismo medio (folio 102 del expediente), en el que se hace mención expresa y literal de que *“una vez analizada la información presentada por las empresas del grupo ENDESA en relación con la energía asociada a los contratos de suministro con precio fijo a*

efectos del Real Decreto-ley 10/2022, se ha advertido que existe un error al considerar como exenta la energía asociada a los contratos prorrogados durante el periodo de vigencia del mecanismo”.

Vista la expresión exacta de las citadas normas, corroborada por el requerimiento de subsanación de la CNMC llevado a cabo por comunicación electrónica a OMIE de 27 de mayo de 2022 y conocido por ENDESA, es preciso señalar que, cuando el texto de una norma jurídica es claro e inequívoco, no ha lugar a interpretación alguna que se aparte de su literalidad, sino a la pura y simple aplicación del precepto en su literal dicción (*in claris non fit interpretatio*). Por consiguiente, es claro y manifiesto que el artículo 8 del Real Decreto-ley 10/2022 dispone que los instrumentos de cobertura a plazo firmados con posterioridad al 26 de abril de 2022, así como las renovaciones, revisiones de precio o prórrogas de los instrumentos de cobertura de fecha anterior al 26 de abril de 2022 que se produzcan con posterioridad a dicha fecha, no podrán emplearse como medio para que la energía asociada a los mismos pueda resultar exenta del pago del coste del ajuste.

Dicha literalidad no puede amparar, como pretende ENDESA, que la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole, resulte exenta del pago del coste del ajuste. Justamente en sentido contrario a esa pretendida interpretación, se reitera aquí lo que expresamente establece el citado artículo 8: “los instrumentos de cobertura a plazo firmados con posterioridad a dicha fecha, *así como las renovaciones, revisiones de precio o prórrogas de los instrumentos de cobertura de fecha anterior al 26 de abril de 2022 que se produzcan con posterioridad a dicha fecha, no podrán emplearse como medio para que la energía asociada a los mismos pueda resultar exenta del pago del coste del ajuste.*”

En consecuencia y por las razones expuestas, corresponde rechazar de plano el conjunto de argumentos teleológicos y hermenéuticos ofrecidos por ENDESA en su escrito de interposición, procediendo confirmar las actuaciones de OMIE al respecto.

En particular y por resultar obvio, se señala que esta conclusión es igualmente aplicable al contenido de la alegación quinta del citado escrito de ENDESA, en cuanto plantea la pretendida invalidez de las actuaciones de OMIE por no haber considerado que está exenta del pago del coste del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole, en los 15 días hábiles contados a partir del 26 de abril de 2022, al no encontrar acomodo posible en la expresión literal del artículo 8 del Real Decreto-ley 10/2022.

CUARTO. Consideraciones sobre la invalidez de las actuaciones de OMIE derivadas de la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea y con la Constitución del artículo 8 del Real Decreto-ley 10/2022

Las alegaciones tercera y cuarta del escrito de interposición de ENDESA invocan (i) con carácter general, la invalidez de las actuaciones de OMIE derivada de la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del conjunto del mecanismo de ajuste establecido por el Real Decreto-ley 10/2022 y (ii) en particular, la invalidez de las actuaciones de OMIE derivada de la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea y con la Constitución del artículo 8 del Real Decreto-ley 10/2022, aplicado por aquéllas, al someter dicho precepto a la obligación de pagar el coste del ajuste a la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, a partir del día 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente, sin modificación alguna, ni económica ni de ninguna otra índole.

Al respecto cumple considerar que la actuación de la CNMC, en su condición de Administración pública y como consecuencia del principio de legalidad, queda sujeta al cumplimiento del ordenamiento jurídico, según resulta de lo establecido en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, así como en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en el artículo 2.2 de la Ley 3/2013.

No se ha planteado en el conflicto ni ofrece duda alguna que el Real Decreto-ley 10/2022 forma parte integrante del ordenamiento jurídico vigente, en particular su artículo 8, sobre cuyo contenido e interpretación se ha pretendido fundamentar el conflicto interpuesto por ENDESA.

En consecuencia debe concluirse que la CNMC, en virtud del principio de legalidad expresado en las normas invocadas, está vinculada en su actuación al ordenamiento jurídico en general y, en particular, al citado Real Decreto-ley 10/2022, no correspondiendo entre las funciones y competencias atribuidas a este organismo público enjuiciar el sometimiento de la citada norma con rango de Ley a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea, como parece pretender la solicitante en las alegaciones tercera y cuarta de su escrito de interposición, como paso previo para poder declarar la invalidez de las actuaciones de OMIE. La mera hipótesis de una inaplicación administrativa de una norma con rango de Ley (en este caso del Real Decreto-Ley 10/2022, cuyo contenido ha sido autorizado por la Comisión Europea en el marco de un procedimiento de control previo de ayudas de Estado), en ausencia -por añadidura- de un previo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya declarado la incompatibilidad de dicha norma con el Derecho de la Unión Europea, carece de fundamento.

Procede, por consiguiente, rechazar las referidas alegaciones de ENDESA, confirmando así mismo las actuaciones de OMIE cuya invalidez se pretende con base en dichos argumentos.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico planteado por ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENDESA ENERGIA, SUCURSAL EN PORTUGAL, ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L. y ENDESA ENERGIA RENOVABLE, S.L. frente a OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. por sus actuaciones realizadas en el marco del mecanismo de ajuste establecido por el Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, de las que resulta que están obligadas al pago del ajuste la energía asociada a los contratos no indexados a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad que, con posterioridad al 26 de abril de 2022, han quedado prorrogados automáticamente.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados ENDESA ENERGÍA, S.A.U. y OMI-POLO ESPAÑOL, S.A.

El presente Acuerdo agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrido, 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.