

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO PLANTEADO POR PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L. FRENTE A RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. CON MOTIVO DE LA INCLUSIÓN DE DIVERSOS PARQUES EÓLICOS EN EL MECANISMO DE MINORACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD REGULADO EN EL REAL DECRETO-LEY 17/2021.

(CFT/DE/192/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 26 de enero de 2023

Visto el expediente relativo a los conflictos acumulados presentados por PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L. Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L 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 la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Interposición del conflicto

Mediante escritos con entrada en Registro único el día 10 de junio de 2022, las sociedades PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL

DE MORO, S.L. Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L. (en adelante, los PARQUES) presentaron conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. con motivo de la aplicación a las instalaciones de su titularidad del mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de generación de electricidad regulado en el Real Decreto-Ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad. (en adelante RD-I 17/2021), en relación con las facturas emitidas en abril de 2022. Ese mismo día tuvo entrada escrito de AXPO IBERIA S.L. de idéntico contenido a los tres escritos de los distintos PARQUES.

Aunque los escritos fueron presentados de forma independiente, el mismo es idéntico en las cuatro sociedades (en el caso de AXPO es la acumulación de los tres) y el representante es único por lo que se procedió a su tramitación conjunta en un único conflicto, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El citado escrito considera que los citados parques eólicos han sido indebidamente incluidos en el mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de generación. En particular, entiende que tienen reconocido el régimen retributivo específico regulado en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por lo que estarían excluidos del indicado mecanismo en virtud de lo previsto en el artículo 5.2 del RD-I 17/2021.

Según señalan los PARQUES, el OS les ha incluido al considerar sujeta a minoración aquella parte proporcional de su producción que se entiende idealmente imputable a la mayor potencia instalada que podrá resultar de una modificación (con incremento de potencia) de las referidas instalaciones que, en el mes de abril (a que dichas facturas se contraen) estaba aún en curso.

Sin embargo, dicha consideración no es posible en tanto que esas modificaciones, como ya se ha dicho, están aún en curso y no son operativas, al no haberse obtenido autorización de explotación definitiva ni iniciado su funcionamiento en pruebas, estando pendiente de la notificación operacional provisional. Por tanto, no hay producción de energía alguna que pueda imputarse a la mayor potencia instalada que de dichas modificaciones pueda resultar, en tanto dicha mayor potencia no está aún en funcionamiento.

Con independencia de lo anterior y, aun cuando estuvieran en funcionamiento, tampoco se podría aplicar el mecanismo de minoración puesto que no existirían dos instalaciones separadas.

En el caso de considerarse como instalaciones separadas, no se les podría aplicar el mecanismo al no superar el límite de los 10 MW, en tanto que las ampliaciones no superan los 2 MW.

Finalmente, para el caso de considerar que es una única instalación y que se pueda distinguir entre la parte no ampliada -que tiene reconocido el régimen retributivo específico y la parte ampliada -sin régimen retributivo- tampoco se podría minorar, puesto que la exención contemplada en el artículo 5.2 es por instalación, sin distinción entre parte retribuida o no.

De forma subsidiaria, se indican una serie de infracciones del derecho comunitario y el derecho interno en las que incurriría el propio mecanismo de minoración.

SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 12 de julio de 2022, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, con expresa advertencia de que el objeto del conflicto se limitaba a determinar si las instalaciones indicadas y sus ampliaciones debían estar incluidas o no el indicado mecanismo de minoración, no siendo objeto de conflicto de gestión económica el resto de las pretensiones, que de forma subsidiaria, se planteaban en el citado escrito de conflicto.

TERCERO. Ampliación del objeto del conflicto.

Con fecha 16 de julio de 2022 los PARQUES presentaron ampliación del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, en relación con las facturas emitidas en mayo de 2022.

CUARTO. Alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Con fecha 2 de agosto de 2022 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE en el que en primer término señala que el conflicto de gestión económica debería limitarse a debatir sobre si la factura es correcta o no, no pudiendo ser objeto del mismo la inclusión o no en el mecanismo de minoración.

Respecto de los hechos indica que los tres parques eólicos tienen más de 10 MW de potencia y que todos ellos han sido ampliados, incrementando su potencia. Cada parque en su configuración original tiene un CIL, al igual que las ampliaciones. Las ampliaciones no tienen reconocido el régimen retributivo específico.

El objeto del conflicto son las facturas emitidas en abril de 2022, en las mismas se aplica el “mecanismo de minoración” como importe resultante de imputar la porción de potencia de las ampliaciones respecto del total de potencia de la instalación al volumen de energía eléctrica medida en el punto de medida único de cada una de las Instalaciones.

Cada ampliación tiene un CIL asignado una vez que ha recibido el acta de puesta en marcha provisional, siendo el punto de medida único, por ello se asigna proporcionalmente desde la fecha del acta de puesta en marcha provisional.

En cuanto a la alegación de los PARQUES de que las ampliaciones están en curso y aun no son operativas, REE señala que aún no se han emitido las correspondientes notificaciones operacionales necesarias para la emisión de la aprobación de puesta en servicio para pruebas pre-operacionales de funcionamiento.

En tanto que ha sido la consideración de la mayor potencia derivada de las ampliaciones las que ha dado lugar a la aplicación del mecanismo de minoración la inexistencia de producción de esos módulos por no estar operativos determinaría la ausencia de ingreso derivado de la misma.

Por ello y a la vista de la falta de la correspondiente notificación operacional, REE concluye que procedería la rectificación de las Facturas emitidas siempre que el titular de la instalación no haya puesto en servicio las ampliaciones, si bien lo cierto es que, según lo expuesto, debería concretarse la fecha desde la que Red Eléctrica debería aplicar las minoraciones a las ampliaciones a efectos del cálculo de su medida, al no disponer la instalación de un equipo de medida que mida de forma independiente la ampliación de potencia.

QUINTO. Nueva ampliación del objeto del conflicto.

Con fecha 9 de septiembre de 2022 los PARQUES presentaron ampliación del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, en relación con las facturas emitidas en julio de 2022.

SEXTO. Trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de fecha de 12 de septiembre de 2022, se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia 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 22 de septiembre de 2022 tuvo entrada escrito en representación de los PARQUES en el que, en síntesis, se alegaba lo siguiente:

-El escrito de REE corrobora que se ha incluido a los PARQUES en el mecanismo de minoración por la parte proporcional en atención a las ampliaciones.

-Corrobora REE igualmente la inexistencia de producción de los módulos por lo que deberían rectificarse las facturas.

-Seguidamente señala que, en todo caso, las ampliaciones estarán exentas del mecanismo de minoración, incluso aun cuando estén operativas puesto que la instalación principal tiene reconocido régimen retributivo y las ampliaciones por sí sola no exceden de los 10 MW por los siguientes motivos.

-En primer término, no hay dos instalaciones diferenciadas -tienen un CIL diferente, pero un único equipo de medida, por ello es de aplicación lo previsto en el artículo 26 del Real Decreto 413/2014.

-En este sentido, el RD-I 17/2021 exonera a las instalaciones que tienen reconocido un régimen retributivo que es el caso para los tres PARQUES, luego aun ampliadas siguen percibiendo tal retribución, sin que el legislador haya distinguido o indicado que las ampliaciones están sometidas al mecanismo de minoración. A falta de norma expresa, habría que entender que la instalación -la única, aunque ampliada- está exenta del mecanismo de minoración.

-Y para el caso de entenderlas como una instalación diferenciada, las ampliaciones no superan los 10MW, límite para la exoneración en el artículo 5.3 del RD-I 17/2021.

-Tras repetir la indicada mención a las posibles vulneraciones del derecho comunitario y del derecho constitucional, señala, a meros efectos dialécticos, que debería darse de alta con el primer día del mes siguiente al de obtención de la autorización de explotación definitiva, en aplicación de lo previsto en los artículos 26 y 51.1 del RD 413/2014.

Finalmente concluye solicitando la refacturación con sus correspondientes intereses y el reconocimiento de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, en particular en materia de garantías de origen.

En fecha 5 de octubre de 2022 tuvo entrada escrito de REE en el que se reitera en lo expresado en su escrito de 2 de agosto de 2022.

SÉPTIMO. Nuevas ampliaciones del objeto del conflicto.

Con fecha 13 de octubre de 2022 los PARQUES presentaron ampliación del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, en relación con las facturas emitidas por el período de agosto de 2022.

Con fecha 14 de noviembre de 2022 los PARQUES presentaron ampliación del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, en relación con las facturas emitidas por septiembre de 2022.

Con fecha 14 de diciembre de 2022 los PARQUES presentaron ampliación del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, en relación con las facturas emitidas por octubre de 2022.

Asimismo, con fecha 10 de enero de 2023, se presentó ampliación del conflicto por las facturas correspondientes al período de noviembre de 2022.

II. FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflicto de gestión económica del sistema.

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

Al respecto, REE en su condición de operador del sistema parece haber planteado, de forma indirecta, ciertas dudas puesto que el objeto del conflicto es determinar si las plantas o sus ampliaciones están sometidas o no al mecanismo de minoración. Pues bien, ha de recordarse que el artículo 8.1 del RD-I 17/2021 establece:

1. Para cada mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, el operador del sistema calculará la minoración de la retribución de las instalaciones definidas en el artículo 5, de acuerdo con la metodología del artículo 7. La liquidación y el pago de las minoraciones se realizará mensualmente

Por tanto, es el operador del sistema el que, necesariamente antes de calcular la minoración, debe determinar si una instalación está o no en el ámbito definido por el artículo 5 y esa decisión puede ser objeto de conflicto de gestión económica ante esta Comisión, pues es la razón de que, como se aprecia en el presente caso se proceda a facturar la minoración a una concreta instalación. No tendría sentido jurídico que se pudiera plantear conflicto contra el efecto -la factura- y no contra la causa- la inclusión en el mecanismo de minoración cuando se trata de dos actos sucesivos del OS en aplicación de la normativa.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente Resolución se dicta en el marco de la función de resolución de conflictos relativos a la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, atribuida a la CNMC por el artículo 12.1 b) 2º de la Ley 3/2013.

En sentido coincidente, el artículo 30.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013) dispone que «*contra las actuaciones del operador del sistema podrán presentarse conflictos ante el organismo responsable de la resolución de las mismas*».

De conformidad con lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 3/2013, corresponde a la Directora de Energía la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 12.1.b). Según lo dispuesto en el artículo 23.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), corresponde a la Dirección de Energía, en cuanto órgano de instrucción de expedientes, elevar al Consejo las propuestas de Resolución de conflictos en los mercados de la electricidad y gas, de acuerdo con lo previsto en el ya citado artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar la Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de su Estatuto Orgánico.

TERCERO. Sobre la inclusión de las ampliaciones de los Parques eólicos “Torre Madrina”, “Coll de Moro” y “Vilalba dels Arcs” en el mecanismo de minoración previsto en el Real Decreto-Ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

El objeto del presente conflicto de gestión económica del sistema eléctrico es, en primer término, si la inclusión de la ampliación de los parques eólicos TORRE MADRINA, COLL DE MORO y VILALBA DELS ARCS en el mecanismo de minoración y la consiguiente facturación realizada por el operador del sistema están o no justificadas.

Al respecto se plantean tanto por los PARQUES como por REE dos cuestiones que son determinantes del sentido del presente conflicto.

Por una parte, hay que determinar si la facturación realizada por el OS ha sido temporalmente correcta y, en caso de no haberlo sido, desde cuándo debería procederse a la misma y, en segundo lugar, una cuestión más de fondo, a saber, si las ampliaciones de potencia de una instalación que tiene reconocido el derecho a la retribución específica -ampliaciones que ya no están acogidas a la citada retribución- están o no exentas del mecanismo de minoración previsto en el ya citado RD-L 17/2021.

A) Sobre el momento en que ha de incluirse en el mecanismo de minoración a una instalación de generación renovable.

Alegan los PARQUES que las ampliaciones no pueden estar sometidas al mecanismo de minoración porque están aún en curso y no son operativas, al no haberse obtenido autorización de explotación definitiva ni iniciado su funcionamiento en pruebas, estando pendiente de la notificación operacional provisional. Por tanto, según los PARQUES no hay producción de energía alguna

que pueda imputarse a la mayor potencia instalada que de dichas modificaciones pueda resultar.

REE reconoce en sus alegaciones que, en tanto que ha sido la consideración del aumento de potencia derivado de las ampliaciones las que ha dado lugar a la aplicación del mecanismo de minoración, la inexistencia de producción de esos módulos por no estar operativos determinaría, en consecuencia, la ausencia de ingreso derivado de la misma. Por ello y a la vista de la falta de la correspondiente notificación operacional, REE concluye que procedería la rectificación de las Facturas emitidas.

En consecuencia, las facturas que dieron lugar en primer término al presente conflicto fueron erróneamente emitidas por REE y debe procederse a la rectificación de las mismas.

Aclarado y reconocido por REE que ha incluido en el mecanismo de minoración a las ampliaciones de los PARQUES cuando aún no estaban operativas se plantea lógicamente la cuestión de cuándo podrían o debería tenerse en cuenta a una instalación o una ampliación a estos efectos, con independencia de si es posible o no incluirlas.

A falta de regulación específica por parte del RD-I 17/2021, es preciso evaluar el procedimiento de puesta en servicio de una instalación o de una ampliación regulado en el Real Decreto 647/2020 de 7 de julio, por el que se regulan aspectos necesarios para la implementación de los códigos de red de conexión de determinadas instalaciones eléctrica (en adelante, RD 647/2020) y las consecuencias a efectos de retribución de los vertidos a la red de la instalación una vez que se permitan los mismos.

Concretamente, según lo previsto en el artículo 10 del citado RD 647/2020 es preciso inicialmente solicitar la notificación operacional de energización (en adelante, EON), que será otorgada por el OS; la que dará derecho a energizar su red y servicios auxiliares de producción internos para los módulos de generación de electricidad.

Posteriormente (aunque se puede solicitar de forma simultánea en caso de que la instalación de enlace no se haya puesto en servicio) es preciso solicitar al OS la notificación de operación provisional (en adelante, ION)

Tras la obtención de la notificación de operación provisional, **el vertido de energía a la red requerirá la aprobación de puesta en servicio para pruebas pre-operacionales de funcionamiento** (en adelante, APESp), **la cual se hará efectiva tras la inscripción previa** en el registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Dicha inscripción se solicita junto con la

correspondiente solicitud de APESp, en el formato y mediante los formularios que a tal efecto disponga el operador del sistema.

Finalizadas las pruebas pre-operacionales, se procederá a solicitar la notificación operacional definitiva (en adelante, FON) que es la que da lugar, a la puesta en servicio definitiva o en fase de operación comercial, cuando les sea de aplicación el artículo 40 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (en adelante, RD 413/2014). Para el resto de las instalaciones de generación, la consideración de puesta en servicio definitiva o en fase de operación comercial se entenderá tras la finalización de la fase de pruebas pre-operacionales.

A la vista de la indicada normativa, el momento fundamental son las APESp porque suponen la posibilidad, por primera vez, de que las instalaciones inscritas con carácter preliminar en el RAIPEE pueden proceder a realizar el correspondiente vertido a la red.

Dicho vertido a la red no es solo operacional, sino que puede ser retribuido vía mercado. Así lo confirma plenamente lo establecido en el artículo 39.6 del Real Decreto 413/2014:

«6. La inscripción de la instalación en el registro de instalaciones de producción de energía eléctrica con carácter previo permitirá el funcionamiento en pruebas de la misma. La energía eléctrica que pudiera haberse vertido a la red como consecuencia de un funcionamiento en pruebas, previo a la autorización de explotación definitiva, tendrá derecho a percibir exclusivamente el precio del mercado.»

Por tanto, desde que se autoriza el vertido de energía preoperacional-con las APESp-, pudiendo obtener con ello el precio de mercado por dicha energía se estará produciendo el hecho sobre el que se asienta el mecanismo de minoración.

Por tanto, es este momento del proceso autorizador, a partir del cual el OS puede incluir en la facturación de las minoraciones a las instalaciones correspondientes puesto que es el momento inicial en que se perciben ingresos por la venta de energía a mercado

B) Sobre el régimen a efectos de minoración de las ampliaciones de potencia de instalaciones con derecho a retribución específica.

Como ha quedado acreditado y no es objeto de discusión, los PARQUES en su configuración inicial tienen reconocida retribución específica en el marco de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Tampoco es objeto de debate que dichos PARQUES están en proceso de ampliación. Concretamente el “P.E. TORRE MADRINA” ha sido objeto de una ampliación (de 2 MW), el “P.E. COLL DE MORO” ha sido de dos ampliaciones (de 12 MW y 0,7 MW, aunque solo se discute sobre la segunda) y el “P.E. VILALBA DELS ARCS” ha sido objeto de una ampliación de 1 MW.

Tampoco es objeto de debate que, como los propios PARQUES reconocen en su escrito de conflicto, las modificaciones de los mismos son ampliaciones que aumentan la potencia instalada, de modo que la instalación producirá, en su momento, energía imputable a esta nueva configuración.

De conformidad con la literalidad de lo previsto en el artículo 5.2 del RD-ley 17/2021:

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación las instalaciones de producción en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, así como las instalaciones de producción que tengan reconocido un marco retributivo de los regulados en el artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre

Los PARQUES mantienen que de la citada literalidad se deriva sin más que si la instalación en su configuración inicial tiene reconocido un marco retributivo cualquier ampliación debe quedar excluida de la minoración porque la misma se articula en relación a instalaciones, consideradas de forma única, sin importar posibles modificaciones de la misma.

Tal argumento carece de sentido por tres motivos. El primero es simplemente que tal interpretación, por la mera lógica, llevando al absurdo lo defendido por los PARQUES, supondría que cualquier instalación por pequeña que fuera con retribución específica reconocida pudiera ser objeto de ampliación ilimitada, de modo que la instalación se mantendría, en todo momento, al margen del sistema de minoración. Tal conclusión es, obviamente, jurídicamente insostenible, pero pone de manifiesto la raíz del error de planteamiento de los PARQUES que se encuentra en que su interpretación es contraria a la finalidad de la norma y a la sistemática del régimen retributivo específico.

En efecto, en segundo lugar, el mecanismo de minoración tiene como finalidad reducir el exceso de retribución que determinadas instalaciones están percibiendo como consecuencia del funcionamiento marginalista del mercado, esas instalaciones son las centrales inframarginales y no emisoras. En concreto, la reducción o minoración supone un importe proporcional al valor de la cotización del precio del gas natural en el mercado ibérico de gas, en tanto que las instalaciones que acuden al mercado diario internalizan en sus ofertas, como coste de oportunidad, el elevado precio del gas. Con esta finalidad se excluyen, por lógica, las instalaciones de generación que perciban un régimen retributivo específico, pero lo relevante para cumplir con la finalidad de la norma no es la

exclusión de una o otra instalación concreta, sino la percepción de la retribución específica o no por la energía generada porque es dicha percepción -al no haber internalización del precio del gas- la que justifica la exclusión de conformidad con la finalidad del mecanismo de minoración.

Por ello, para interpretar cabalmente la exclusión prevista del 5.2 del RD-I 17/2021 es preciso, en tercer lugar, interpretar la misma en relación con la regulación de lo que sucede cuando una instalación que tiene derecho a que se retribuya el 100% de su energía es modificada.

El artículo 26.2 b) del RD 413/2014, cuya rúbrica “efectos retributivos de la modificación de las instalaciones con derecho a la percepción de régimen retributivo específico” es el que debe servir de guía para interpretar la exclusión prevista en el 5.2 del RD-I 16/2021. Pues bien, dicho apartado literalmente señala que:

b) En el caso en que se aumente la potencia de la instalación, no tendrá derecho a la percepción de retribución a la operación la energía eléctrica generada imputable a la fracción de potencia ampliada. A estos efectos, se prorrateará, para cada unidad de energía generada, la fracción de energía con derecho a retribución.

De igual modo se actuará en aquellos casos en los que se realicen otras modificaciones en las instalaciones que supongan un aumento de la energía generada.

Por tanto, cualquier aumento de la potencia instalada o, incluso de la energía generada de una instalación con retribución específica no da derecho a la percepción de la misma. Por pura sistemática, si esa fracción no tiene derecho a la percepción de la retribución, no puede quedar excluida del mecanismo de minoración. Esta es la interpretación más adecuada a la vista de lo regulado en el artículo 26 y que es la que aplica el OS. Además, tal interpretación impide la absurda situación anteriormente descrita de una instalación ampliada ilimitadamente a partir de una pequeña instalación con derecho a la retribución específica.

Por tanto, la exclusión prevista en el 5.2 no está referida a cualquier instalación que perciba retribución específica, sino a la energía eléctrica cubierta por dicha retribución, por lo que a energía eléctrica generada imputable a la fracción de potencia ampliada que, por definición no tiene derecho a la indicada retribución, si debe ser objeto de minoración.

En cuanto al argumento sucesivo de los PARQUES de que, en caso de que se interpretara el 5.2 en el sentido indicado en el párrafo anterior, las ampliaciones quedarían excluidas entonces por aplicación de lo previsto en el 5.3 del RD-ley 17/2021 simplemente hay que indicar que la misma se refiere a instalaciones

independientes, no a ampliaciones de potencia de instalaciones existentes. En todo momento a lo largo de la tramitación del presente conflicto, los PARQUES han defendido que la instalación ha sido ampliada y que, por ser única, debería quedar excluida por virtud de lo previsto en el artículo 5.2, indicando la exclusión prevista en el 5.3 para el caso de que se consideraran instalaciones independientes, lo que no es el caso.

Lógicamente una vez entendido que a la ampliación de las instalaciones del presente conflicto le es de aplicación lo previsto en el artículo 5.2 en la interpretación apuntada no tiene sentido debatir si, en una suerte de exclusión subsidiaria, entra o no en el marco de la exclusión del 5.3 que, como señalan correctamente los propios solicitantes, solo es de aplicación si se entendieran como instalaciones independientes que no es el caso.

En conclusión, REE actúa conforme a Derecho al incluir en el mecanismo de minoración la fracción de energía no retribuida específicamente, pero lo ha hecho antes de que se hubiera alcanzado el trámite procedimental oportuno que es, como se ha indicado, la aprobación de puesta en servicio para pruebas pre-operacionales de funcionamiento.

CUARTO. Sobre la inadmisión de la pretensión subsidiaria en relación con la posible vulneración por parte de la regulación del mecanismo de minoración de distinta normativa europea y constitucional.

Como se indica en los antecedentes, de forma subsidiaria, se incluyen una serie de consideraciones que no tienen como objeto debatir el cálculo de las liquidaciones efectuadas por REE en su condición de Operador del Sistema, sino la propia legalidad del sistema.

Por ello, expone de forma amplia y pormenorizada una serie de argumentos por los que considera que el propio mecanismo de minoración aprobada en norma con rango de ley es contrario al Derecho europeo y a la Constitución.

Pues bien, en relación con estas presuntas infracciones hay que remitirse a las distintas Resoluciones de esta Sala por las que se inadmiten conflictos de gestión económica en relación con el mecanismo de minoración cuando el debate se centra en la conformidad de la norma con rango de ley al Derecho europeo y a la Constitución, por todas, Resolución de la Sala de 17 de marzo de 2022 (CFT/DE/235/21), publicada el día 1 de abril de 2022.

Según las mismas:

“Pues bien, con independencia de que las facturas emitidas tienen la consideración de provisionales lo que podría plantear dudas sobre la admisibilidad de un conflicto relativo a las mismas, es más relevante, dada la naturaleza y el objeto del debate planteado, lo que ya se indicó por la

Sala de Supervisión Regulatoria en su Acuerdo de 14 de mayo de 2020 (CFT/DE/064/20), a saber que «el conflicto de gestión técnica o económica no constituye un procedimiento idóneo para perseguir la impugnación -siquiera indirecta o incidental- de una norma reglamentaria (ya sea de la propia CNMC o de cualquier otra Administración) cuya aplicación corresponda al GTS. La validez de las normas reglamentarias (en nuestro caso, del artículo 14.4 de la Circular 8/2019, a cuya aplicación se limita el GTS) no es objeto idóneo -ni directo ni indirecto- de un conflicto. De ahí que tanto la hipotética estimación de un conflicto con tal objeto (siquiera mediato) como de una medida provisional que tenga esa misma finalidad daría lugar a la inaplicación (esto es, la derogación singular) de la norma reglamentaria cuestionada, que sin embargo prohíbe el artículo 37 de la Ley 39/2015».

“Este argumento es si cabe más evidente cuando lo que se pretende es la impugnación de una norma con rango de ley como sucede en el presente caso”.

“En efecto, REE en su condición de OS se limita a aplicar lo dispuesto con carácter general en el citado RD-I 17/2021. Por tanto, pretender mediante la interposición de un conflicto de gestión económica del sistema que se declare la anulación de la factura emitida en cumplimiento del citado mecanismo es tanto como impugnar lo establecido en el propio RD-I, que es el que se considera viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y al Derecho europeo. Es obvio que tal pretensión está vedada al objeto de un conflicto de esta naturaleza que ha de ser resuelto por un organismo público integrado en la Administración General del Estado y, por ello, sometido al principio de legalidad”.

“Tratándose, por ello, la resolución de un conflicto de gestión económica del sistema de una resolución administrativa de carácter particular, su objeto no puede estar referido a la impugnación -siquiera indirecta- de lo establecido en una disposición de carácter de rango legal”.

“En consecuencia, la pretensión (...) de acordar la declaración de no conformidad a Derecho de las facturas correctas emitidas por el operador del sistema en cumplimiento estricto de un mandato legal tiene un objeto carente de fundamento jurídico”.

“Sentada esta conclusión y de conformidad con lo previsto en el artículo 88.5 de la Ley 39/2015 ha de procederse a la inadmisión de esta solicitud de conflicto por ser manifiestamente carente de fundamento, sin que tampoco haya lugar a la suspensión de la tramitación del conflicto solicitada mediante otrosí, para una hipotética ampliación posterior en relación posibles nuevas facturas que pudieran emitirse como resultado de la actuación de esta CNMC en virtud de la comprobación y verificación

prevista en la disposición adicional octava apartado cuatro del RD-17/2021”.

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

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el conflicto de gestión económica del sistema eléctrico planteado por PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L. Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L. frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U., dejando sin efecto las facturas emitidas, procediendo a su rectificación.

SEGUNDO. Considerar que se han de incluir las ampliaciones de los parques eólicos PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L. Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L. frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U., en el mecanismo de minoración establecido del Real Decreto-Ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, desde que las mismas hayan iniciado el vertido de energía a la red a precio de mercado con la aprobación de puesta en servicio para pruebas pre-operacionales de funcionamiento.

SEGUNDO. Inadmitir la pretensión subsidiaria del conflicto de gestión económica del sistema eléctrico planteado por PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L., PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L. Y PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L. frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la vulneración del Derecho europeo y la normativa constitucional por parte del Real Decreto-Ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

PARC EOLIC DE TORRE MADRINA, S.L.

PARC EOLIC DE COLL DE MORO, S.L.

PARC EOLIC VILALBA DELS ARCS, S.L.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA S.A.U.

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.