

INFORME DE 14 DE JULIO DE 2014 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA NUEVA NORMATIVA DE INTERRUMPIBILIDAD ELÉCTRICA (UM/024/14).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 7 de julio de 2014 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado una reclamación de 30 de junio anterior, presentada el 1 de julio siguiente en el Registro de la Delegación del Gobierno en Andalucía, en la que se expone que la nueva normativa reguladora del sistema de interrumpibilidad eléctrica vulnera la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM)¹. En concreto, la reclamación señala:

- Que la **reclamante** es una empresa incardinada en el sector siderúrgico y que está catalogada como “gran consumidora de energía”, siendo una de las empresas que empezó a prestar en 1983 el servicio de interrumpibilidad. La energía que consume en su proceso productivo supone el 25% de sus costes de transformación.
- Que la prestación del servicio de interrumpibilidad, pese no constituir la actividad principal de la empresa, es una **actividad económica** ajustada a las definiciones previstas en la LGUM, para cuya prestación ha efectuado importantes inversiones. En tal medida es un operador legitimado para instar el procedimiento previsto en el art. 28 LGUM.
- Que el servicio de **interrumpibilidad** es un mecanismo regulatorio según el cual las empresas españolas que más electricidad consumen son retribuidas a cambio de su disposición para desconectarse de la red ante cualquier incidente que ponga en peligro el suministro eléctrico en España. El servicio se activa en respuesta a la orden de reducción de potencia que Red Eléctrica de España da a las empresas proveedoras del servicio de interrumpibilidad.
- Que en el sistema vigente hasta noviembre de 2013, el servicio de interrumpibilidad permitía a las empresas firmar un contrato con Red Eléctrica de España que les garantizaba de antemano un descuento en la facturación anual futura por megawatio/hora (MWh). En cambio, la **Orden IET/2013/2013** establece un nuevo mecanismo que altera sustancialmente los requisitos para actuar como proveedor de demanda interrumpible, el procedimiento de asignación a las empresas y el régimen retributivo. Con arreglo a la nueva Orden, Red Eléctrica gestiona un sistema de subastas de interrumpibilidad. La retribución se

¹ Dicha normativa es la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad. Dicha Orden fue modificada por la posterior Orden IET/346/2014, de 7 de marzo.

fija en la subasta en función de la demanda de fluido eléctrico que realice Red Eléctrica y la oferta de las empresas que pujen. Este marco regulador, por la incertidumbre que genera, perjudica a los operadores que han realizado fuertes inversiones en sus instalaciones para convertirse en proveedores de interrumpibilidad alentados por la normativa vigente en cada momento. Los daños a las industrias españolas acogidas al sistema de interrumpibilidad ya habrían sido pronosticados en el informe de la Comisión Nacional de Energía –CNE- (hoy CNMC) al entonces proyecto de Orden (Informe 22/2013, de 10 de septiembre de 2013). En particular, la CNE habría hallado un trato discriminatorio a favor de las industrias electrointensivas que sólo pudieran ofrecer el producto de 5MW. A similares conclusiones habría llegado el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de 20 de diciembre de 2013. Las restricciones a la competencia señaladas en este último informe se mantendrían incluso después de la modificación realizada por la Orden IET/346/2014. Dichos informes de la CNMC y de la Agencia de Defensa de la Competencia se adjuntan a la reclamación.

- Que el nuevo mecanismo diseñado por la Orden IET/2013/2013 es contrario a la LGUM y en particular a los principios de **necesidad y proporcionalidad** previstos en su artículo 5. Y ello porque los nuevos requisitos se interponen como un obstáculo infranqueable al acceso y ejercicio del servicio de interrumpibilidad para los operadores que venían desarrollándolo, en contra de las cautelas que impone el art. 9 de la LGUM a las autoridades competentes, en garantía de las libertades de los operadores económicos.
- Que el **objetivo de eficiencia económica** que persigue la Orden IET/2013/2013 no es una razón imperiosa de interés general que justifique los criterios restrictivos para prestar el servicio. Así, la reclamación señala que el servicio se presta no sólo ante situaciones de emergencia, es decir, ante eventuales razones imperiosas de interés general, sino cuando lo aconsejen criterios económicos (art. 8). Por tanto, el sistema opera al margen de cualquier razón de interés general tasada por el Tribunal de Justicia de la UE, en los términos del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. El mecanismo de subasta en cuestión sería contrario al art. 5.1 de la LGUM, que exige que cualquier límite o requisito establecido por una autoridad competente sea proporcionado a la razón de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica. La reclamación señala que el sistema discrimina a los operadores al establecer dos tipos de producto interrumpible (de 90 MW y de 5 MW), generando una presión competitiva desigual al tener más facilidades de acceso al mercado y su ejercicio los operadores de 90 MW que los de 5 MW, y ello con el agravante de que algunas licitadoras son empresas del mismo sector de actividad que, por tanto, compiten entre sí.

- Que la Orden IET/2013/2013 ha sido objeto de una propuesta de desarrollo consistente en unas **Reglas de subasta** elaboradas por Red Eléctrica y que están pendientes de aprobación. Dichas reglas fueron objeto del “Informe de 13 de mayo de 2013, de la CNMC sobre la propuesta de desarrollo normativo del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre” (INF/DE/0020/14)². En particular, la restricción a que conducen las Reglas (cuya aprobación está pendiente, como se dijo) se debería a lo siguiente:
 - Que primero se asigna la totalidad de los requerimientos de 90 MW y, si estos productos no resultan adjudicados, se prevé la posibilidad de fraccionarlos en productos de 5 MW, subasta a la que podrán acudir tanto los oferentes del primer producto (90 MW) como los del producto de 5 MW, lo que perjudica a estos últimos.
 - Que dados los pocos participantes que podrán pujar en la subasta de producto de 90 MW existe riesgo de colusión.
 - Que el mecanismo adolece de falta de transparencia. De las Reglas propuestas por Red Eléctrica resultaría que el sistema de subasta del tipo subastas secuenciales uniproducción (subastas sucesivas hasta cubrir el requerimiento de producto previsto en la convocatoria). Dicho sistema conlleva que puedan resultar precios distintos por la provisión del mismo servicio.
 - Que la posibilidad de que se celebren subastas extraordinarias, previa resolución de la Secretaría de Estado de Energía, no se ajustaría a los principios de necesidad y proporcionalidad por falta de predictibilidad. Tampoco se ajustaría a dichos principios el que, cuando no exista competencia en una subasta porque los pujadores pertenezcan al mismo grupo empresarial, el producto se adjudique al precio mínimo obtenido en anteriores subastas. El criterio sería arbitrario, según la reclamante, porque los pujadores pueden ser industrias diferentes con distintos costes de interrumpibilidad.
 - Que, adicionalmente, es incoherente que Red Eléctrica haya considerado el sistema de subastas no viable en los sistemas insulares debido al número insuficiente de potenciales participantes (siete, según habría señalado la CNMC), y sin embargo se acepte tal sistema para el producto de 90 MW, en el cual sólo existirían seis posibles proveedores del producto.

² Dicho desarrollo normativo elaborado por Red Eléctrica fue objeto del mencionado informe de la CNMC (INF/DE/0020/14) y, a fecha de estas líneas, sigue pendiente de aprobación.

- En vista de lo anterior, la reclamación **solicita**:
 - La “*derogación del mecanismo de asignación del servicio de la interrumpibilidad previsto en la Orden IET/2013/2013 o la modificación sustancial de sus contenidos...*”
 - La “*no aprobación de las reglas de subasta proyectadas*” para evitar la discriminación injustificada entre los productos de 90 MW y 5 MW.
 - La “*impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa*” al amparo del art. 27 LGUM.
 - La “*negociación por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo del mecanismo de asignación de la interrumpibilidad con el sector industrial español tradicionalmente proveedor de este servicio, el consenso con el Operador del Sistema sobre las reglas que deban aplicarse en desarrollo de ese nuevo mecanismo y el empleo de cuantos instrumentos de mediación deban aplicarse para evitar las trabas de acceso y ejercicio de la actividad*”.

El 8 de julio de 2014 la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado ha remitido la reclamación anterior a los efectos del informe previsto en el artículo 28 LGUM.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En las consideraciones que siguen a continuación se distinguen los siguientes apartados: 1) Impugnación de la Orden IET/2013/2013 en sede judicial; 2) Objeto de la reclamación planteada; 3) Condición de actividad económica del servicio de interrumpibilidad; 4) Descripción del sistema previsto en la Orden IET/2013/2013; y 5) Consideraciones desde el punto de vista de la unidad de mercado.

II.1) Impugnación de la Orden IET/2013/2013 en sede judicial

La Orden IET/2013/2013 ha sido impugnada en vía judicial, con solicitud de suspensión, tanto por la reclamante en el presente asunto como por una asociación que agrupa a determinados productores industriales. Mediante autos del Tribunal Supremo [...] la medida cautelar de suspensión fue denegada en ambos casos.

El **auto de denegación de la suspensión** dictado en el procedimiento iniciado a instancia de la aquí reclamante señaló que debía prevalecer el interés general consistente en la aprobación de un nuevo “*sistema más eficaz y con un mecanismo más competitivo de asignación del recurso interrumpible*”, que el daño alegado para justificar la suspensión no resultaba irreparable, así como que la demandante no había señalado ningún vicio de legalidad que se impute

a la Orden Ministerial. Así pues, la Orden objeto de reclamación está en vigor y resulta aplicable, y ello sin perjuicio de que el mecanismo no entrará en funcionamiento hasta que no se aprueben las reglas de desarrollo de las subastas.

En vista de lo anterior, el presente informe se limita al examen de la Orden Ministerial y del mecanismo de subasta pendiente de aprobación desde la exclusiva óptica de la unidad de mercado, sin entrar a valorar otros aspectos que puedan ser objeto de pronunciamiento en sede judicial.

II.2) Objeto de la reclamación planteada

Aunque la reclamante ha presentado su reclamación por la vía del art. 28 LGUM (“Mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios”), el suplico de su escrito contiene diversas peticiones, siendo una de ellas la *“impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa”* al amparo del art. 27 LGUM.

Este último art. 27 LGUM prevé la legitimación de la CNMC para interponer un recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, entre otras actuaciones de las autoridades competentes, que se considere contraria, en los términos de la LGUM, a la libertad de establecimiento o circulación.

En el presente supuesto, no procede un pronunciamiento en los términos del art. 27, tal como solicita la reclamante. De entrada, como se dijo, reclamación se ha presentado formalmente por el cauce del art. 28 y de su contenido resulta que tal era su verdadera finalidad, de modo que no se aprecia un error en la calificación del escrito. Además, en todo caso, los plazos para la impugnación de la Orden en vía contenciosa habrían transcurrido sobradamente, pues la misma se publicó en el BOE de 1 de noviembre de 2013.

Así pues, el presente informe se emite exclusivamente en los términos del **art. 28 LGUM**.

II.3) Consideración como actividad económica de la prestación del servicio de interrumpibilidad

El escrito de la reclamante afirma que la prestación del servicio de interrumpibilidad consiste en una actividad económica a la que resulta aplicable la LGUM. En tal medida, señala que estaría legitimada para la presentación de la reclamación en los términos del art. 28 LGUM.

Dicho art. 28 prevé la legitimación en términos amplios. Se refiere a *“los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan”*. De ello resulta que, incluso si debiese ser calificado exclusivamente como consumidor, y no como operador económico, la

reclamante estaría legitimada para informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de una posible barrera a la competencia contraria a la Ley.

Cuestión distinta sería que la interrumpibilidad no pudiese ser calificada como actividad económica, pues en tal caso no le serían aplicables los principios de la LGUM.

El anexo de la LGUM define actividad económica como *“Cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*.

Por su parte, la Orden IET/2013/2013 define el servicio de interrumpibilidad en estos términos: *“El servicio de interrumpibilidad para un consumidor que sea proveedor del mismo consiste en la reducción de su potencia activa en respuesta a una orden de reducción dada por el operador del sistema de acuerdo a lo dispuesto en la presente orden y su normativa de aplicación”* (art. 3).

La **Dirección General de Tributos** ha considerado que el servicio de interrumpibilidad constituye una actividad económica y un servicio sujeto a imposición. Así, en contestación a una consulta vinculante de Red Eléctrica de España, Operador del Sistema eléctrico (Consulta V2441-09) dicha Dirección General señaló que *“Tanto los proveedores del servicio de interrumpibilidad como el Operador del Sistema, tienen la consideración de empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido puesto que en ambos casos tiene lugar la ordenación de un conjunto de medios personales y materiales con el fin de desarrollar una actividad empresarial a título oneroso mediante la realización continuada de prestaciones y servicios (entre otros, el servicio de interrumpibilidad), asumiendo el riesgo y ventura que pueda producirse en el desarrollo de dicha actividad”*. Y añadió que tal actividad tenía la consideración de servicio a efectos del IVA.

En vista de ello, y dado que los términos en que se justifica la condición de actividad económica del servicio de interrumpibilidad a efectos impositivos (ordenación de un conjunto de medios personales y materiales con el fin de desarrollar una actividad empresarial) son coincidentes con la definición de dichas actividades prevista en la LGUM, debe considerarse que el servicio de interrumpibilidad es un servicio sujeto a los principios y garantías previstos en la LGUM.

II.4) Servicio de interrumpibilidad, descripción del sistema previsto en la Orden IET/2013/2013 y Reglas de Subasta

El servicio de interrumpibilidad entró en vigor en 2008, conforme a la Orden ITC/2370/2007³. Esta última Orden, aún vigente, regulará dicho servicio hasta que resulte de aplicación la Orden IET/2013/2013, lo cual sucederá cuando se apruebe la normativa necesaria a tal efecto (disposición final segunda).

El servicio de gestión de demanda de la interrumpibilidad, tal y como viene establecido en la normativa vigente, es una herramienta de gestión de la demanda para dar una respuesta ágil y eficiente a las necesidades del sistema eléctrico en situaciones de emergencia. Consiste en reducir la potencia activa demandada –la que venga demandando el sujeto prestador del servicio en cada momento- hasta el valor de potencia residual requerida –la mínima potencia que el prestador del servicio debe demandar para mantener sus procesos productivos en funcionamiento-. Este servicio se activa en respuesta a una orden de reducción de potencia dada por Red Eléctrica, como Operador del Sistema, a los consumidores que sean proveedores de este servicio.

El sistema de la Orden ITC/2370/2007 se ha venido desarrollando de modo que los consumidores industriales que reuniesen ciertos requisitos pasaban a ser proveedores del servicio previa habilitación por parte del Operador del Sistema, autorización por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas y previa formalización de un contrato entre las partes. El servicio se ha venido retribuyendo como un descuento en la facturación de los proveedores del mismo. A 1 de enero de 2014 se encontraban en vigor 145 contratos de interrumpibilidad de los cuales 130 corresponden al sistema peninsular, 14 al sistema canario y 1 al sistema balear. La potencia interrumpible total disponible al servicio del operador del sistema en periodos de máxima demanda es de 2.214 MW, de los cuales 2.164 MW corresponden al sistema peninsular, 46,8 MW a los sistemas canarios y 3,4 MW al sistema balear⁴.

El nuevo mecanismo competitivo para la prestación del servicio previsto en la Orden IET/2013/2013 será efectivo, como se dijo, cuando se aprueben los desarrollos normativos previstos en su disposición adicional segunda, que incluyen un mecanismo y reglas de subasta⁵.

³ Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, modificada sucesivamente por la Orden ITC/1857/2008, la Orden ITC/3801/2008, la Orden ITC/1732/2010, la Orden IET/3586/2011 y la Orden IET/2804/2012. La Orden ITC/2370/2007 se ha desarrollado en lo relativo a las especificaciones técnicas del servicio, los contratos a firmar con los consumidores y mediante los procedimientos de operación P.O. 14.9 y 15.1, necesarios para su aplicación.

⁴ La información relativa a la configuración del sistema de interrumpibilidad resultante de la Orden ITC/2370/2007 se ha tomado de la página web de Red Eléctrica de España: www.ree.es (apartados Actividades/Gestión de la demanda).

⁵ Dicha disposición adicional segunda detalla los desarrollos normativos necesarios en estos términos: “*El Operador del Sistema, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la presente orden presentará al Ministerio de Industria, Energía y Turismo: 1. Una propuesta de mecanismo de subasta y de reglas de subasta así como un calendario para su implantación teniendo en cuenta la temporada eléctrica. 2. Una propuesta de revisión tanto de los procedimientos de operación del sistema relativos al servicio de gestión de interrumpibilidad en el mercado así como del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del*

Tal mecanismo competitivo tiene su origen en la disposición adicional primera de la Orden IET/2804/2012: *“El operador del sistema deberá presentar en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente orden, una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemple, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado”*.

El mecanismo diseñado por la Orden IET/2013/2013 consiste en el indicado sistema de subastas: *“La asignación del servicio de interrumpibilidad se realizará a través de un procedimiento de subastas gestionado por el operador del sistema [Red Eléctrica de España]”* (art. 4.1).

Con arreglo a tal sistema, la potencia interrumpible requerida para cada temporada eléctrica se fija de antemano: *“Con anterioridad al inicio del procedimiento de subastas, el operador del sistema remitirá a la Secretaría de Estado de Energía y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia propuesta justificada del requerimiento de potencia interrumpible para el siguiente período de entrega o temporada eléctrica para los productos a que se refiere el artículo 5 de la presente orden...”*

Los productos (llamados Producto 5 MW y Producto 90 MW) que son objeto de subasta consisten en *“bloques de reducción de demanda de 5 MW”* y en *“bloques de reducción de demanda de 90 MW, con muy alta disponibilidad”* (art. 5.1).

De conformidad con el art. 4.4 de la Orden IET/2013/2013, la CNMC actúa como supervisora de la subasta, debiendo confirmar que el proceso se ha realizado de forma *“objetiva, competitiva y no discriminatoria”*.

Con arreglo a la Orden, los consumidores de energía eléctrica que quieran ser habilitados para la prestación del servicio de interrumpibilidad deberán cumplir ciertos requisitos previstos en el art. 6 (ser consumidores en alta tensión, no desarrollar una actividad en las que la prestación del servicio pueda provocar riesgos, tener instalados los equipos necesarios, prestar al Operador del Sistema una garantía suficiente, acreditar unas determinadas características de consumo, etc.). La habilitación confiere el derecho a participar en la subasta. El proceso de habilitación se inicia con la solicitud del consumidor al Operador del Sistema, el cual, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Orden, habilita a los consumidores, comunicándolo al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al propio consumidor, en este último caso motivando su decisión de manera objetiva y transparente. Una vez obtenida dicha habilitación, el consumidor podrá adherirse al marco legal establecido para la

mismo. 3. Una propuesta de modelo de adhesión. 4. Una propuesta de adaptación de la presente orden a los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares a efectos de lo dispuesto en la disposición adicional primera. Dichas propuestas serán sometidas al preceptivo trámite de audiencia, con carácter previo a su valoración y aprobación por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía, y publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»”.

participación en la correspondiente subasta. Dicha adhesión comportará la obligación de prestar el servicio caso de resultar adjudicatario (art. 7).

El Operador del Sistema solicitará la ejecución de una orden de reducción de potencia respondiendo a criterios técnicos y económicos. En el primer caso, por criterios técnicos, *“Como herramienta de respuesta rápida en situaciones de emergencia dentro de la operación del sistema”*, y en el caso de los criterios económicos *“En situaciones en que la aplicación del servicio suponga un menor coste que el de los servicios de ajuste del sistema”* (art. 8.2).

Para ser prestador del servicio *“debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos que se establecen y resultar adjudicatario en el mecanismo de asignación del servicio que se regula en esta orden”* (art. 9.1). La Orden (art. 9.2) establece determinados requisitos de disponibilidad del recurso asignado (producto de 5 MW o de 90 MW).

Los incumplimientos de las condiciones y de los requisitos para la prestación del servicio, así como de la ejecución de reducciones de potencia, tienen consecuencias en forma de obligaciones de pago a cargo del proveedor del servicio (art. 11).

La retribución del servicio comprende un término fijo asociado a la disponibilidad de potencia y otro variable, asociado a la ejecución efectiva de una orden de reducción de potencia (art. 12). La liquidación del servicio corresponde al Operador del Sistema (art. 13).

Dicho sistema, como se viene indicando, entrará en funcionamiento cuando se apruebe el desarrollo reglamentario exigido por la disposición adicional segunda de la Orden IET/2013/2013.

II.5) Consideraciones desde el punto de vista de la unidad de mercado

La reclamante alega, en esencia, que el nuevo sistema de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013 y proyectadas Reglas de subasta, en esencia) sería contrario al art. 5 LGUM, por innecesario y desproporcionado, ya que: i) establece un sistema de subastas que deja fuera del mismo a anteriores proveedores que tenían garantizada la prestación del servicio; y ii) articula un sistema de subastas que favorece a los oferentes de un tipo determinado de producto subastado (el de 90 MW), en perjuicio de otros (los oferentes del producto de 5 MW)⁶. En vista de ello, el examen del nuevo sistema analiza, en

⁶ Según el art. 5 LGUM: *“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”*.

primer lugar, el propio mecanismo de subasta y, a continuación, los pormenores de dicho mecanismo.

II.5.1) Consideraciones sobre el sistema de subasta

La reclamante cuestiona, en primer lugar, el propio sistema de subastas. Afirma que el mismo supone abandonar un mecanismo regulatorio predecible por otro en que Red Eléctrica decide cada año la potencia interrumpible de que va a disponer, lo que lleva aparejada una falta de predictibilidad y ocasiona daños a las industrias hasta ahora acogidas al servicio de interrumpibilidad. Añade que el mecanismo de subasta se justifica por un objetivo de eficiencia económica y que, de hecho, se prevé la interrumpibilidad por criterios económicos (art. 8). Pero tal razón económica no es, según afirma la reclamante, una de las razones imperiosas de interés general previstas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009. En vista de que el art. 5 LGUM exige que los límites al acceso o ejercicio a una actividad estén motivados en una razón imperiosa de interés general, y que sean proporcionados a la razón invocada, y dado que la Orden expulsa a operadores económicos que ahora proveen el servicio, la misma sería contraria a los principios de la Ley.

Tal como señaló el **Informe de 5 de mayo de 2014 de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado** sobre “Subastas de medicamentos”, cualquier mecanismo de acceso de los operadores económicos al mercado debe respetar los principios de la LGUM⁷. Dichos principios vienen resumidos en el artículo 9 de la Ley⁸. En particular, señala dicho informe, el sistema de subastas debe respetar los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, regulados en los artículos 3 y 5 de la Ley, respectivamente. Sin perjuicio de ello, el informe añade que *“El uso de un sistema de subastas como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo una restricción de acceso al mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genera competencia por el mercado ex ante y ex post”*, añadiendo que: *“En todo caso, la subasta no podrá contener requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18) ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la misma”*.

Esta Comisión coincide con las consideraciones del informe anterior. El sistema de subastas no puede considerarse, en sí mismo, contrario a los principios de la LGUM, sin perjuicio de que la articulación del mismo debe asegurar la participación de los operadores sin discriminación entre ellos.

⁷ Informe de 5 de mayo de 2014 disponible en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad www.mineco.gob.es (apartados, Economía/Competencia y Regulación económica/Garantía de la Unidad de Mercado).

⁸ A tenor de dicho art. 9 *“Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”*.

La decisión de establecer un sistema de subastas se valoró positivamente por el Informe 22/2013 de la CNE (hoy CNMC). Dicho informe al que luego sería la Orden IET/2013/2013 señaló: *“Esta Comisión valora positivamente el establecimiento de una subasta como mecanismo de mercado de asignación del servicio de gestión de demanda de la interrumpibilidad, en coherencia con otros servicios de ajuste, con el fin de garantizar la efectiva prestación de dicho servicio y su realización al menor coste, tal como la CNE ha señalado en sucesivos informes”*⁹.

Por otro lado, no puede pretenderse que cualquier modificación normativa que un particular considere contraria a sus intereses pueda, por sí sola, ser contraria a los principios de unidad de mercado. Lo contrario conduciría a la petrificación del ordenamiento jurídico. Por lo demás, como señaló el auto desestimatorio de la medida cautelar de suspensión de la Orden IET/2013/2013 en el recurso contencioso-administrativo presentado por la aquí reclamante, también deben considerarse los intereses de *“otras mercantiles afectadas en lo que tengan de contrapuestos y a las que eventualmente puede beneficiar el nuevo sistema contemplado en la Orden Ministerial y a las que puede beneficiar el nuevo sistema”*.

Así pues, lo relevante, a juicio de esta Comisión, no es tanto la introducción de un mecanismo competitivo de subasta para la asignación del servicio de interrumpibilidad como que, dicho sistema, en su concreta articulación, respete los principios de la LGUM. En particular, como se dijo, deberá garantizarse que el mecanismo de subasta no contiene requisitos discriminatorios, ni prohibidos, ni innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la misma. A ello se dedica el siguiente apartado.

II.5.2) Consideraciones sobre el funcionamiento de las subastas

La reclamante fundamenta su denuncia, en esencia, en que el nuevo sistema de interrumpibilidad incluye requisitos discriminatorios al diferenciar entre productos a subastar de 5 MW y de 90 MW. Tal diferenciación reduciría la presión competitiva en el caso del producto de 90 MW y perjudicaría a los potenciales prestadores del producto de 5 MW. La reclamación añade que las Reglas de subasta propuestas por Red Eléctrica, pendientes de aprobación, lejos de paliar tales inconvenientes, los agravan. Las concretas objeciones de la reclamante pueden sintetizarse así:

⁹ El art. 2 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, se refiere a los servicios de ajuste en estos términos: *“El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, mercados no organizados y mercados de servicios de ajuste del sistema, entendiéndose por tales la resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos”*.

- La **Orden IET/2013/2013** introduce una barrera de acceso al establecer que se subasten por separado dos tipos de producto: uno de 5 MW y otro de 90 MW en el que sólo podrán participar un muy limitado número de factorías en España.
- Las **Reglas de subasta** agravan el obstáculo mencionado porque:
 - Primero se asigna la totalidad de requerimiento de los productos de 90 MW y si estos no resultan adjudicados, se prevé la posibilidad de fraccionarlos en productos de 5 MW para ser ofrecidos en subastas posteriores. Con ello se asegura la asignación de todos los productos de 90 MW y se introduce más competencia para los operadores que pujan en el producto de 5 MW. De ese modo se concede ventaja a las industrias que pujan en el segmento de 90 MW, pues las reglas no permiten agrupar productos de 5 MW en productos de 90 MW.
 - Contienen otras cuestiones criticables como la posibilidad de que las adjudicatarias reciban una retribución diferente por la provisión del mismo servicio; que se realicen subastas extraordinarias, lo que podría distorsionar el resultado de la subasta principal; o que, cuando no exista competencia en una subasta porque todos los pujadores pertenezcan al mismo grupo empresarial, el producto se adjudique al precio mínimo obtenido en las anteriores subasta, criterio arbitrario en vista de los diferentes costes interrumpibilidad que pueden tener los adjudicatarios.

II.5.2.1) Sobre la diferenciación por productos prevista en la Orden

El informe 22/2013 de la anterior CNE indicó que, en principio, no se compartía la diferenciación de productos por tamaño, en la medida en que cuando mayor fuese el tamaño del producto, menor sería la presión competitiva. En todo caso, señaló el informe, de mantenerse dicha diferenciación en la norma finalmente aprobada (como ha sucedido), las normas de desarrollo, y en particular, las Reglas de la subasta, deberían adoptar las medidas oportunas para que la presión competitiva fuese suficiente. El informe lo expresó en estos términos:

“Se considera que la diferenciación por disponibilidad o ejecución es una característica necesaria, si bien no se comparte la diferenciación por tamaño (5 MW y 90 MW), en la medida en que cuanto mayor sea el tamaño mínimo requerido de reducción de potencia, menor será el número de consumidores que pueden prestar el servicio y, en consecuencia, menor será la presión competitiva de la subasta y mayor el coste del servicio. En particular, si bien podría ser adecuado establecer un tamaño mínimo del producto, a efectos de facilitar al Operador del Sistema la gestión del servicio, el producto de 90 MW y máxima disponibilidad, únicamente podría ser ofrecido por un número muy reducido de consumidores. No obstante, si finalmente se mantuviera el producto de mayor tamaño, y por tanto, pudieran existir problemas de competencia en la subasta, debería realizarse una

mayor reflexión sobre el procedimiento de subasta (interacción entre presión competitiva, volumen demandado y procedimiento de subasta)...

Así pues, en consonancia con lo expresado en el Informe 22/2013, la diferenciación por producto no parece del todo justificada o motivada en la Orden IET/2013/2013. En esa medida, dicha diferenciación podría constituir una barrera de entrada desproporcionada para la prestación del servicio de gestión de interrumpibilidad. Sin perjuicio de ello, el procedimiento de subasta por el que finalmente se opte, tal como se regule en las Reglas pendientes de aprobación, podría compensar esa objeción, como se indica en el siguiente apartado.

II.5.2.2) Sobre el mecanismo de subasta previsto en las Reglas

Las Reglas de subasta forman parte de los desarrollos normativos exigidos por la mencionada disposición adicional segunda de la Orden IET/2013/2013 para la aplicación del nuevo sistema. Tales Reglas, propuestas por el Operador del Sistema, fueron objeto del Informe de 13 de mayo de 2014 de la CNMC (INF/DE/0020/14). Este último informe señala que el mecanismo elegido en las Reglas de subasta parece ser el de subastas secuenciales uniproducto. Es decir, convocatorias independientes, con sucesivas subastas de producto hasta cubrir el requerimiento previsto a adjudicar en la convocatoria, con un sistema de precio de tipo 'reloj descendente' (el precio de la puja irá bajando para cada ronda, de modo que la adjudicación se hará al precio de la puja al que se retiró el último pujador retirado).

La reclamante considera que esas Reglas son contrarias a la unidad de mercado por distintos motivos. Sus objeciones coinciden, en esencia, con las realizadas por diversos miembros del Consejo Consultivo de Electricidad en fase de consultas sobre el mencionado proyecto de desarrollo normativo. En esa medida, nos remitimos a las observaciones ya realizadas en el mencionado Informe de 13 de mayo de 2014. En particular, el Informe de la CNMC señaló lo siguiente:

- **Sobre la supuesta ventaja a los participantes en la subasta de producto de 90 MW:** La reclamante considera discriminatorio el sistema de subastas en la medida en que favorece a los oferentes del producto de 90 MW. Respecto de tal cuestión, el informe de la CNMC señaló que la propuesta tendría la intención de que no quede ningún producto de 90 MW sin adjudicar, y añadió *“Este supuesto introduce una **seria duda sobre la presión competitiva** que existirá en las subastas de producto de 90 MW, especialmente si se tiene en cuenta que el número de ofertantes será previsiblemente muy reducido (alrededor de 6) y que el interés de todos ellos sería mantener el precio elevado en todas las rondas, ya que la asignación estaría garantizada”*. En consecuencia, la CNMC propuso la **alternativa** de *“llevar a cabo la subasta en sentido inverso, al menos hasta que se cuente con una mayor experiencia sobre el grado de competencia existente para el producto de 90 MW. Esto es: subastar en primer lugar un único producto de 5 MW, por toda la*

cantidad de interrumpibilidad solicitada, en el que participarían todos los proveedores habilitados tanto para 5 MW como para 90 MW. Posteriormente, aquellos sujetos o agrupaciones de sujetos habilitados para el producto de 90 MW a los que se hubieran adjudicado en la primera subasta bloques suficientes para constituir bloques de 90 MW... podrían participar en una segunda subasta que determinaría un complemento a su retribución..." Asimismo, la CNMC recomendó que en el futuro, una vez exista experiencia en el desarrollo de las subastas, se introduzcan **productos intermedios** entre los 5 MW y los 90 MW.

- **Sobre las restantes objeciones:** La reclamante considera contrario a los principios de la unidad de mercado el que el mismo servicio pueda recibir distintos precios o que las Reglas establezcan un determinado precio para el caso de subastas con escasa presión competitiva por pertenecer todos los pujadores a un mismo grupo empresarial. También considera contrario a los principios de dicha Ley el que puedan celebrarse subastas extraordinarias. Al respecto, debe insistirse en que las Reglas de subasta que finalmente se aprueben deberán establecer las cautelas necesarias para garantizar una adecuada presión competitiva, como señaló el citado informe de 13 de mayo de 2014.

III. CONCLUSIÓN

La Orden IET/2013/2013 establece un nuevo mecanismo competitivo de gestión de la interrumpibilidad consistente en la celebración de subastas en las que se adjudicarán dos productos diferenciados, de 90 MW y de 5 MW. Dicho sistema de subastas resultará de aplicación una vez aprobado el desarrollo normativo necesario para ello, lo que incluye la aprobación de unas Reglas de subasta propuestas por Red Eléctrica, Operador del Sistema.

Tal como ha señalado la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, el propio establecimiento de un sistema de subastas no resulta, *per se*, contrario a los principios y garantías de la LGUM. Sin perjuicio de ello, debe garantizarse que tal sistema no contenga requisitos discriminatorios, innecesarios o desproporcionados que limiten la participación de los operadores.

Como esta Comisión ha señalado en informes anteriores, los posibles inconvenientes de la diferenciación por tamaño de productos (90 MW y 5 MW) debería compensarse en las Reglas de procedimiento de las subastas que finalmente se aprueben, las cuales deberán incluir las previsiones necesarias a fin de garantizar una adecuada presión competitiva, tal como se indicó en el Informe de 13 de mayo de 2014 de la CNMC.