

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO INTERPUESTO POR [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] CONTRA EL OPERADOR DEL SISTEMA EN RELACIÓN CON LA PÉRDIDA DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL POR INDISPONIBILIDAD DEL RECURSO ASIGNADO EN EL MARCO DEL SERVICIO DE INTERRUMPIBILIDAD

Expte.: CFT/DE/0023/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrín

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Barcelona, a 2 de febrero de 2016

Visto el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto, mediante escrito de 14 de julio de 2015, por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] contra el Operador del Sistema por discrepancias relativas al cumplimiento de las condiciones necesarias para prestar el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, junto con el resto de documentación obrante en el expediente, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante escrito de 14 de julio de 2015, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha planteado un conflicto de gestión económica y técnica del sistema frente a la actuación de Red Eléctrica de España, S.A. (en adelante «REE») en su condición de Operador del Sistema por discrepancias relativas al cumplimiento de las condiciones necesarias para prestar el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.

En el escrito de planteamiento de conflicto presentado, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] expone los siguientes hechos:

- El 17 de noviembre de 2014, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] resultó adjudicatario de un bloque de [---] MW para la temporada eléctrica 2015 en las subastas de interrumpibilidad celebradas en Madrid.
- El 19 de mayo de 2015, [EMPRESA QUÍMICA] informó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] de que debido a problemas técnicos imprevisibles en su *cracker* de [---], no podría suministrar [*producto químico*] a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] a partir de ese momento y durante un número de días indeterminado, pero comprometiéndose a intentar solucionar la incidencia a la mayor brevedad posible. La propia [EMPRESA QUÍMICA] calificó la incidencia como una cuestión de fuerza mayor.
- [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] dio traslado de esta información a REE y a la Dirección General de Política Energética y Minas (en adelante «DGPEM») el mismo día en que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] recibió la comunicación de [EMPRESA QUÍMICA].
- Tras comunicarle a REE y a la DGPEM dicha indisponibilidad, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] intentó proveerse de [*producto químico*] a través del único operador alternativo a [EMPRESA QUÍMICA] capaz de suministrárselo en la zona ([EMPRESA QUÍMICA-II]) quien, sin embargo, le indicó que no le resultaba posible atender dicha demanda suplementaria puesto que no disponían de reservas suficientes de [*producto químico*].
- Posteriormente, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] mantuvo al tanto de las novedades a REE hasta el 15 de junio de 2015 cuando [EMPRESA QUÍMICA] comunicó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] el levantamiento de la aludida situación de fuerza mayor. REE nunca dio respuesta a estas comunicaciones.
- El mismo 15 de junio de 2015, REE remitió a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] un correo electrónico informándole del grado de disponibilidad que le era atribuible en el mes de mayo y ponía de manifiesto que dicha disponibilidad había estado por debajo del 91 % de las horas de dicho mes, inferior al porcentaje exigido como uno de los requisitos para la efectiva prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. Este correo electrónico no hizo mención a ninguna de las anteriores comunicaciones de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] .
- En respuesta a este último correo electrónico, el 16 de junio [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] requirió a REE que considerara la aplicación del artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (en adelante, «Orden

IET/2013/2013») y le solicitó información sobre si REE es quien, en una segunda revisión, tiene en cuenta la declaración de fuerza mayor y, en caso contrario, a qué organismo le correspondería.

- El 18 de junio de 2015, REE respondió a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] que la determinación o no de supuesto de fuerza mayor en el ámbito de la prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, no se encuadra dentro de las funciones que el Operador del Sistema tiene atribuidas en la legislación del sector eléctrico.
- El mismo 18 de junio de 2015 y paralelamente, REE notificó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] que durante el mes de mayo de 2015 no había alcanzado la disponibilidad requerida del recurso asignado para el producto de [---] MW y, como consecuencia de ello, la pérdida de la doceava parte del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso adjudicado para la temporada eléctrica 2015.

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] considera que la regulación actual del sistema de interrumpibilidad obliga al Operador del Sistema a considerar las situaciones de fuerza mayor al evaluar el grado de cumplimiento del requisito de disponibilidad por parte del proveedor del servicio. De este modo, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] solicita a la CNMC que resuelva el presente conflicto estableciendo que:

1. La reducción de suministro de [*producto químico*] a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en el mes de mayo de 2015 merece el calificativo de circunstancia de fuerza mayor a los efectos del artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013 en la medida que el [*producto químico*] es un insumo esencial de proceso productivo de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] sin el que sus instalaciones no pueden producir con normalidad y, derivado de ello, disminuye drásticamente el consumo de energía eléctrica.
2. [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha acreditado suficientemente que dicha causa de fuerza mayor no le es atribuible, escapa de su control y le afecta de modo distinto que al resto de operadores del mercado, habiendo demostrado además que no existían fuentes alternativas de suministro de [*producto químico*].
3. [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] tiene derecho al cobro de la retribución íntegra correspondiente al mes de mayo de 2015, en su condición de prestador del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, en la medida en que, descontada la situación de indisponibilidad no programada por causa de fuerza mayor, su grado de disponibilidad se ha situado por encima del 91% exigido por la normativa de aplicación.

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] fundamenta su solicitud en las siguientes alegaciones:

- Que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha venido cumpliendo estrictamente con el requisito de disponibilidad desde que resultó adjudicataria del servicio de interrumpibilidad.
- Que la suspensión temporal del suministro de [*producto químico*] por parte de [EMPRESA QUÍMICA] implicaba para [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la necesidad de limitar una gran parte de su propia producción, reduciendo a su vez el consumo de energía eléctrica, ya que el [*producto químico*] es un insumo esencial del proceso productivo de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].
- Que esta incidencia en el suministro de [*producto químico*] era imprevisible e inevitable para [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], por lo que se trata de una indisponibilidad sobrevenida por causa de fuerza mayor en el marco de la prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.
- Que esta situación de causa de fuerza mayor no le es atribuible a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], escapa de su control y le afecta de modo distinto que al resto de operadores del mercado. Además, no existían fuentes alternativas de suministro de [*producto químico*] para esa zona, por lo que se trata de un supuesto imprevisible y, en todo caso, inevitable.

SEGUNDO. El 1 de septiembre de 2015 el Director de Energía de la CNMC acordó la iniciación del conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico concediéndose a REE un plazo de diez días hábiles para formular las alegaciones y aportar los documentos que estimara convenientes en relación con el objeto del conflicto. Este acuerdo de iniciación fue notificado a REE y a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] el 2 de septiembre de 2015.

Mediante escrito de 8 de septiembre de 2015, REE solicitó ampliación del plazo para formular alegaciones, que le fue concedido mediante acuerdo del Director de Energía el 11 de septiembre de 2015.

TERCERO. El 18 de septiembre de 2015, se recibió en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de REE en el que manifiesta lo siguiente:

- Que la determinación de la concurrencia o no de supuestos de fuerza mayor en el ámbito de prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad no se encuadra dentro de las funciones que el Operador del Sistema tiene atribuidas por la legislación del sector eléctrico.

- Que, de acuerdo con lo expuesto por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], el concepto de fuerza mayor no viene desarrollado en ninguna norma reguladora del servicio de interrumpibilidad, de manera que sólo cabría acudir a la jurisprudencia. En este caso, REE considera relevante el hecho de que en casi la totalidad de las sentencias citadas por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en su planteamiento de conflicto no fueron reconocidas las causas alegadas como supuestos de fuerza mayor.
- Que a esta indefinición jurídica del concepto de fuerza mayor se une el hecho de que la determinación de su concurrencia obligue a estar a cada caso concreto con lo que el Operador del Sistema se convertiría *de facto* en una especie de «legislador y de juez y parte» pudiendo ser acusado de arbitrariedad y parcialidad por los distintos agentes del sector de la interrumpibilidad. En este sentido, REE se pregunta si [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] pudo haber evitado esta situación de falta de aprovisionamiento adoptando medidas preventivas de almacenamiento de [producto químico] y reconoce, al mismo tiempo, que REE no se encuentra facultada para plantear ni resolver este tipo de consideraciones.

En virtud de lo anterior REE solicita a la CNMC que resuelva este conflicto:

- declarando que el Operador del Sistema no es competente para determinar la concurrencia de las causas de fuerza mayor y que debe estar a lo que dicte la normativa o, en su caso, determine la Administración competente; y
- determinando si, en el presente caso, concurrió un supuesto de fuerza mayor que permita al Operador del Sistema aplicar la previsión contenida en el artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013.

CUARTO. Instruido el procedimiento, se confirió a los interesados trámite de audiencia mediante escritos de 20 de octubre de 2015.

Mediante escrito de 30 de octubre de 2015, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] formula alegaciones en ejercicio del trámite de audiencia manifestando, esencialmente, lo siguiente:

- Que, contrariamente a lo que afirma REE en su escrito de alegaciones, existen sentencias en las que se ha estimado la concurrencia de fuerza mayor en supuestos de falta de suministro.
- Que el almacenamiento de [producto químico] es inviable ya que para garantizar eventuales faltas de suministro procedentes de los [---] resultaría imprescindible disponer de almacenes de extraordinaria envergadura, lo que supondría incurrir en unos elevados y desproporcionados costes económicos.

- Que no existe obligación alguna de almacenamiento de [*producto químico*], ya que ninguna norma, incluida la Orden IET 2013/2013, ni ningún documento contractual o administrativo obligan a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] a disponer de un almacén con tal fin.
- Que la existencia de un almacén de [*producto químico*], próximo o paralelo a la instalaciones de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en [---] podría suponer un relevante riesgo en la seguridad de las referidas instalaciones y de sus trabajadores debido a las propiedades físicas y químicas del [*producto químico*].

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] finaliza su escrito de alegaciones solicitando que se desestimen las alegaciones presentadas por REE y reproduciendo las mismas pretensiones que en su escrito de solicitud de conflicto, citadas con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], habilitado para participar en el proceso competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para la temporada 2015 y adjudicatario de un bloque de [---] MW en la subasta celebrada al efecto, interpone conflicto frente al Operador del Sistema. El motivo del conflicto es la disconformidad de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] con el Operador del Sistema al haberle retirado este último la doceava parte del componente de la retribución correspondiente al mes de mayo debido a la falta de disponibilidad del recurso asignado para el producto de [---] MW.

La decisión del Operador del Sistema cuestionada por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha sido adoptada en su condición de gestor del servicio de interrumpibilidad, condición que le es atribuida directamente por el artículo 49 d la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante «Ley 24/2013»). En efecto, este precepto, tras hacer referencia a las medidas de gestión de la demanda, establece que «entre estas medidas se incluirá el servicio de interrumpibilidad gestionado por el Operador del Sistema».

La Orden IET 2013/2013 configura efectivamente un mecanismo en el que el Operador del Sistema sigue siendo el encargado de la gestión del servicio, así

como de la ejecución, seguimiento y verificación de todos los aspectos relativos a la prestación de dicho servicio de gestión de la demanda, añadiendo como novedad la función de realización de las subastas para la asignación de la capacidad interrumpible de acuerdo con lo establecido en dicha orden.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

La presente resolución se dicta en el ejercicio de la función de resolución de conflicto planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y del transporte, que, en relación con el sector eléctrico, se atribuye a la CNMC tanto por el artículo 12.1.b) 2º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») como por el artículo 30.3 de la vigente Ley 24/2013.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar esta resolución en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, «Estatuto Orgánico de la CNMC»)

TERCERO. Plazo de interposición del conflicto

El plazo de interposición del conflicto es de un mes desde que se produce el hecho o decisión correspondiente, según determina tanto el último párrafo del artículo 12.1 de la Ley 3/2013 como el artículo 30.3 de la vigente Ley del Sector Eléctrico.

El plazo de referencia se concreta en este supuesto en los siguientes términos:

- El 18 de junio de 2015 REE comunicó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] que esta última había perdido su derecho a percibir retribución alguna por el mes de mayo explicando los argumentos expuestos anteriormente en el antecedente de hecho primero.
- El escrito de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] dirigido a la CNMC instando la intervención de este organismo tuvo entrada en su registro el día 17 de julio de 2015 y, por tanto, antes del transcurso de un mes a contar desde la fecha en que REE le comunicó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] que esta había perdido su derecho a percibir la retribución correspondiente al mes de mayo.

CUARTO Procedimiento aplicable

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 12 de la Ley 3/2013, bajo el epígrafe «resolución de conflictos» y en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación supletoria la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según determina el artículo 2 de la Ley 3/2013.

QUINTO. El sistema de interrumpibilidad y las condiciones para resultar adjudicatario

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] es un proveedor del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para la temporada 2015, el cual ha adquirido dicha condición y los derechos, obligaciones y compromisos que la misma lleva asociados, en el marco de la regulación de dicho servicio contenida en la Orden IET/2013/2013.

El mecanismo competitivo para adquirir la condición de prestador de este servicio viene definido en el artículo 4.1 de la Orden en los siguientes términos y se realiza mediante un procedimiento de subastas gestionado por el Operador del Sistema. La síntesis de esta regulación es la siguiente:

- Para poder optar a la prestación del servicio se exige el cumplimiento de una serie de requisitos como consumidor definidos en el artículo 6 de la Orden IET/2013/2013.
- El cumplimiento de tales requisitos previos es comprobado por el Operador del Sistema, a solicitud del interesado, emitiendo aquel una habilitación para participar en la subasta de asignación de bloques de potencia interrumpible. El procedimiento de habilitación se regula en el artículo 7 de la Orden IET/2013/2013.
- La habilitación permite al consumidor adherirse formalmente al marco legal establecido para la subasta que comporta, a su vez, la adhesión a las condiciones del servicio y la obligación de prestar el mismo en caso de resultar adjudicatario.
- La adjudicación a favor de un sujeto de un bloque o bloques de productos en la subasta es lo que determina la adquisición por el mismo de la condición de proveedor, condición de la que resultan excluidos todos los restantes sujetos que no han resultado adjudicatarios.

El mecanismo de adjudicación por subasta, en tanto resulta la asignación del servicio a unos sujetos con exclusión de otros, conlleva la exigencia de firmeza en el cumplimiento las condiciones de la prestación del servicio, ya que, de otro modo, quedaría desnaturalizado el proceso competitivo.

En el marco de la Orden IET 2013/2013, los sujetos habilitados que concurren al proceso de subastas de un determinado producto deben, además de cumplir los requisitos técnicos que se les exigen, ajustar el precio que aceptan en la subasta, teniendo en cuenta que pueden ser excluidos por otros proveedores más competitivos. Si se permitiera al sujeto, una vez este resulta adjudicatario, alegar una incidencia en su actividad para justificar el incumplimiento de sus obligaciones como proveedor del sistema de interrumpibilidad se estarían

alterando las condiciones de igualdad en que unos y otros sujetos concurren a la subasta. De manera que la firmeza en el compromiso de las condiciones de la prestación del servicio de interrumpibilidad tiene por objeto asegurar que la competitividad que ofrecen algunos consumidores no constituye una artimaña para resultar adjudicatarios y que, llegado el caso, estos pueden efectivamente garantizar la prestación del servicio en las condiciones exigidas.

Por tanto, los proveedores que resulten adjudicatarios del mecanismo de subasta deberán cumplir los requisitos para cada periodo de entrega establecidos en el artículo 9 de la Orden, incluyendo la obligación de comunicar al operador del sistema la aparición de indisponibilidades sobrevenidas tan pronto como se produzcan. Estos periodos de indisponibilidad no programada llevan aparejados, entre otras cosas, una pérdida total o parcial del elemento de la retribución del servicio de interrumpibilidad. No obstante, en caso de indisponibilidad sobrevenida, la norma dispone que esta no será contabilizada en el cómputo cuando concurra una causa de fuerza mayor debidamente acreditada y justificada. A este último supuesto excepcional nos referimos a continuación teniendo en cuenta que la selección de determinados consumidores como prestadores del servicio y la exclusión de todos los demás constituye un hecho relevante en la fundamentación de la resolución del presente conflicto.

SEXTO. Sobre la competencia para pronunciarse sobre la existencia de fuerza mayor

El Operador del Sistema afirma en sus alegaciones que la determinación de la concurrencia o no de supuestos de fuerza mayor en el ámbito de prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad no se encuadra dentro de las funciones que le atribuye la legislación del sector eléctrico por lo que solicita a esta Comisión que así lo declare en la resolución que ponga fin a este conflicto.

El artículo 49.2 de la Ley 24/2013 atribuye expresamente al Operador del sistema la gestión del servicio de interrumpibilidad; una función ejercida conforme a lo dispuesto en la Orden IET/2013/2013.

En su condición de gestor del servicio de interrumpibilidad, el Operador del Sistema verifica el cumplimiento de los requisitos de la prestación de dicho servicio entre los que se encuentra la obligación de disponer el recurso asignado en los términos temporales y cuantitativos establecidos en el artículo 9.2 de la Orden IET/2013/2013. Una labor de verificación que incluye, en su caso, la decisión de aplicar, o no, la excepción prevista en el artículo 9.5 de la Orden y que determina que los periodos de indisponibilidad no programada no se contabilizarán en casos de «fuerza mayor acreditada y justificada».

Por lo tanto, dado que corresponde al Operador del Sistema verificar el cumplimiento de la obligación de disponer el recurso asignado al proveedor del servicio en los términos establecidos en el artículo 9.2 de la Orden

IET/2013/2013, por remisión también le corresponde valorar la aplicación, o no, de la excepción prevista en el artículo 9.5 cuando un proveedor del servicio de interrumpibilidad le comunique una indisponibilidad sobrevenida en la que pueda concurrir un supuesto de fuerza mayor.

Esta Comisión siempre podrá pronunciarse en el marco de la resolución de un conflicto como el presente sobre si el Operador del Sistema aplicó o no adecuadamente dicha excepción. Pero será siempre un pronunciamiento a *posteriori* donde se valore la decisión previa del Operador del Sistema. Una decisión que, en el presente caso, se entiende que fue contraria a la aplicación de dicha excepción dado que el Operador del Sistema retiró a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la retribución del servicio correspondiente al mes de mayo a pesar de que este, al comunicar la indisponibilidad sobrevenida descrita en el antecedente de hecho primero, solicitara la aplicación de la excepción de fuerza mayor prevista en el artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013.

En conclusión, no puede admitirse la pretensión del Operador del Sistema puesto que, como ha quedado expuesto, en su condición del gestor del sistema de interrumpibilidad le corresponde aplicar el artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013 y, por lo tanto, determinar la aplicación o no de la excepción de fuerza mayor cuando un proveedor del servicio de interrumpibilidad le comunique una indisponibilidad sobrevenida por este supuesto.

SÉPTIMO. Valoración de la aplicabilidad al presente caso del supuesto de fuerza mayor contemplado en el artículo 9.5 de la Orden IET 2013/2013

Corresponde en este momento valorar si, como se acaba de indicar, el Operador del Sistema actuó conforme a Derecho cuando retiró a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la retribución del servicio correspondiente al mes de mayo a pesar de que este, al comunicar la indisponibilidad sobrevenida descrita en el antecedente de hecho primero, solicitara la aplicación de la excepción de fuerza mayor prevista en el artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013.

Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 9.5 de la Orden IET/2013/2013 determina que en caso de que la indisponibilidad no programada se deba a una causa de fuerza mayor debidamente acreditada y justificada dicha indisponibilidad no será tenida en cuenta en el cálculo de la disponibilidad del recurso asignado.

El concepto de fuerza mayor no viene expresamente definido ni en la propia Orden IET/2013/2013 ni en ninguna norma legislativa del sector eléctrico. No obstante, el artículo 1.105 del Código Civil establece que «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

En cualquier caso, el Tribunal Supremo sí que ha tenido ocasión de interpretar el concepto de fuerza mayor en el marco de la prestación del servicio de gestión de la demanda interrumpibilidad¹. Por consiguiente, la valoración de las circunstancias del presente caso debe efectuarse siguiendo el criterio fijado por dicha jurisprudencia. Una jurisprudencia que, siguiendo la definición de la fuerza mayor prevista en el artículo 1.105 del Código Civil, se centra en valorar caso por caso si el suceso que pudiera ser considerado como causa de fuerza mayor fue, en primer lugar, previsible y, en caso afirmativo, si fue inevitable.

En el caso de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], la solicitante alega, en primer lugar, que «la situación [de desabastecimiento de [*producto químico*]] fue totalmente ajena a [su] voluntad y control [y] no afect[ó] de igual modo a los demás prestadores del servicio de interrumpibilidad». En efecto, la ajenedad de la causa es un elemento relevante para determinar la existencia de una causa de fuerza mayor pero, contrariamente a lo que pretende la solicitante, no es suficiente para determinar, por sí sola, su existencia. Así lo considera el Tribunal Supremo quien, en su sentencia de 27 junio 1991 donde la pretendida causa de fuerza mayor era una huelga², estableció que «aun cuando la causa [...] se pretenda derivar de razones ajenas y no imputables a la empresa, [...] no pueden considerarse las huelgas como supuestos de fuerza mayor, al resultar ser acontecimientos que pueden preverse y evitarse, a diferencia de aquellos sucesos constitutivos de la misma imprevisibles o que previstos, no pueden evitarse». Por lo tanto, aunque en el presente caso no hay duda de que falta de abastecimiento de [*producto químico*] fue un suceso ajeno a la voluntad y el control de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], no es argumento suficiente para concluir la existencia de un supuesto de fuerza mayor puesto que por sí solo este argumento no justifica la imprevisibilidad ni la inevitabilidad.

Procede entonces valorar, en primer lugar, si la causa alegada por la solicitante para dar lugar a un supuesto de fuerza mayor fue imprevisible.

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] arguye que el hecho controvertido representó «una situación imprevisible, pues no era posible prever cuándo y en qué condiciones se podría producir». Con todo el respeto hacia la solicitante, consideramos que esta interpretación no es correcta puesto que lo imprevisible es aquello que no puede anticiparse en un ámbito de actividad determinado. Esto es, contrariamente a lo que afirma la solicitante, resulta irrelevante si previamente se ha podido determinar o no el momento exacto en que podía producirse dicho incidente, siendo únicamente necesario establecer si el incidente acontecido podía haber sido previsto en atención al contexto en el que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] desarrolla su actividad.

¹ A modo de ejemplo, véase la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 23 de septiembre de 2013 (RJ\2013\6840).

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 junio de 1991 (RJ\1991\5099).

La falta de abastecimiento de un proveedor, como ocurre en el presente caso, es una eventualidad propia del día a día de una empresa y, por lo tanto, previsible. Tanto es así que es práctica habitual que los contratos mercantiles de suministro incluyan cláusulas específicas de penalización en casos de incumplimiento por alguna de las partes. Prueba de ello es el gran volumen de sentencias dictadas por las jurisdicciones civiles y mercantiles relativas a situaciones de incumplimiento de obligaciones contractuales por una de las partes contratantes³. Por consiguiente, el eventual incumplimiento de un proveedor, como ocurre en el presente caso, es una situación previsible en el ámbito propio de la actividad desarrollada por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y, por tanto, el hecho de que esta incidencia sea ajena a la voluntad de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] no excluye tal carácter.

Descartada la imprevisibilidad, compete ahora valorar la inevitabilidad del suceso alegado por la solicitante.

La solicitante alega que la situación acontecida era «en cualquier caso, inevitable, pues [[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD]] no tiene otras alternativas que las indicadas, a saber, [EMPRESA QUÍMICA] y [EMPRESA QUÍMICA-II], para proveerse de [*producto químico*]». Asimismo, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] alega que el almacenamiento de [*producto químico*] para garantizar las eventuales faltas de suministro procedente de los [---] resultaría, además de peligroso, inviable dados los elevados y desproporcionados costes económicos y que, además, no existe ninguna obligación legal o contractual de almacenamiento de [*producto químico*].

Si bien es cierta la afirmación de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] sobre que no existe ningún precepto que le obligue específicamente a disponer de un almacén propio de [*producto químico*], [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] sí tiene la obligación de contar con los medios adecuados para garantizar la correcta prestación del servicio de interrumpibilidad o, en caso de no tenerlos, de asumir las consecuencias de un incumplimiento. En efecto, resulta indudable que la participación en el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad implica la asunción del riesgo de un incumplimiento de las condiciones de este servicio y las severas consecuencias que ello implica. Como bien establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de septiembre de 2015 «el sistema de interrumpibilidad implica unas evidentes ventajas para quien se acoge al mismo, y por tanto esta situación exige que la empresa afectada se responsabilice de las consecuencias del incumplimiento»⁴.

³ A título de ejemplo, véanse las sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de abril de 2014, de 13 de noviembre de 2013 y de 21 de marzo de 2012.

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 9 septiembre de 2015 (JUR|2015\236076).

Debe tenerse en cuenta que fue decisión de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la provisión del servicio de interrumpibilidad sabiendo que sólo dispone de dos proveedores de su principal consumo. La toma de esta decisión implica para [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la asunción del riesgo de que, en el caso de sobrevenir una incidencia en el suministro de [*producto químico*] por parte de su proveedor, tal y como ha ocurrido aquí, las alternativas de aprovisionamiento eran limitadas. Contrariamente a lo que alega la solicitante, el riesgo de fallo en el suministro por parte de su proveedor [EMPRESA QUÍMICA] pudo ser previsto y cubierto mediante la adopción anticipada de medidas contractuales para el aprovisionamiento transitorio de [*producto químico*] por parte del segundo proveedor posible, asegurándose la disponibilidad de las reservas de [*producto químico*] de dicho segundo proveedor, o bien establecerse contractualmente las posibles compensaciones. Todos los riesgos inherentes a su propia actividad industrial, entre los que se encuentra el que se acaba de describir, debieron ser tenidos en cuenta por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] al postularse como candidato a la prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.

En definitiva, el riesgo de falta de consumo de [*producto químico*] podría haberse evitado mediante la celebración por anticipado de un contrato de reserva con [EMPRESA QUÍMICA-II], que tuviera por objeto garantizar el abastecimiento del producto ante el fallo del otro proveedor. Asimismo, teniendo en cuenta que el corte de suministro de [EMPRESA QUÍMICA] es parcial y que su duración no se extiende más de un mes (de hecho, tiene lugar entre el 19 de mayo de 2015 y el 15 de junio de 2015), ha de considerarse que, aunque el almacenamiento del [*producto químico*] en tanque –planteado por el Operador del Sistema- podría tener para [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en unos términos generales los costes elevados a que se refiere esta empresa en su escrito presentado el 30 de octubre de 2015 (folio 247 del expediente), no deja de ser una alternativa factible para garantizar la disponibilidad de cierta cuantía del producto, al menos como medida complementaria a la anteriormente expuesta, que podría cobrar sentido especialmente ante cortes de suministro parciales o de corta duración. En último término, ha de considerarse que la propia [EMPRESA QUÍMICA], en su comunicación de 15 de mayo de 2015 (folio 64 del expediente), se refiere a la posibilidad de importación marítima de [*producto químico*], como alternativa a su producción en la refinería (en tanto el cracker siga en situación de fallo técnico), alternativa, planteada por el productor, que es aplicada por el mismo al objeto de suministrar cierta cantidad de este producto a sus clientes (folio 248); en este ámbito, sin embargo, no constan siquiera unas mínimas gestiones realizadas por parte de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] (ni al tiempo de los hechos ni, en particular, con carácter preventivo) dirigidas a explorar tal posibilidad de abastecimiento o dirigidas a apoyar o suplementar las gestiones del productor, al objeto de completar la consecución de una cantidad suficiente de producto.

En cualquier caso, no se pone en duda la diligencia de la solicitante al haber notificado de inmediato la incidencia al Operador del sistema y al haber intentado

proveerse de cantidades suplementarias a través de su único proveedor alternativo de [*producto químico*]. Lo que es cierto es que, a pesar de todos esos esfuerzos, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] incumplió con sus obligaciones como prestador del servicio de interrumpibilidad. Las estrictas condiciones que caracterizan la prestación de este servicio exigen un nivel máximo de firmeza en el cumplimiento. Efectivamente, la existencia limitada de fuentes alternativas de abastecimiento implica un riesgo constante durante la prestación del servicio de interrumpibilidad que, como ha quedado acreditado en el presente caso, ni la máxima diligencia puede evitar. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 noviembre de 2013 que consideró que el proveedor del sistema de interrumpibilidad debía ser quien realizara «una valoración antes de obligarse para determinar los términos a que puede alcanzar los riesgos asumidos»⁵.

En virtud de todo lo expuesto, procede desestimar la pretensión de la solicitante en el presente conflicto.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar las pretensiones de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y declarar ajustada a derecho la denegación por parte del Operador del sistema de la retribución mensual correspondiente a la disponibilidad del recurso asignado en el mes de mayo de 2015 en el marco del servicio de gestión de la demanda interrumpibilidad.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 19 noviembre de 2013 (JUR\2014\34304).

