

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO INTERPUESTO POR ACCIONA SALTOS DE AGUA, S.L.U. Y SALTOS DEL NANSA I, S.A. FRENTE AL OPERADOR DEL SISTEMA EN RELACIÓN CON LA DENEGACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE VARIAS CENTRALES HIDRÁULICAS DE SU PROPIEDAD EN EL SERVICIO DE DISPONIBILIDAD DE POTENCIA PARA EL AÑO 2016.

Expediente CFT/DE/027/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

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 Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo.

En Madrid, a 28 de abril de 2016.

Visto el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por ACCIONA SALTOS DE AGUA, S.L.U. Y SALTOS DEL NANSA I, S.A. frente al Operador del Sistema en relación con la denegación de la participación de varias centrales de propiedad de las citadas sociedades en el servicio de disponibilidad de potencia para el año 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Planteamiento del conflicto.

El día 13 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de las sociedades ACCIONA SALTOS DE AGUA, S.L.U. (ASA) Y SALTOS DEL NANSA I, S.A. (NANSA), ambas del grupo ACCIONA, mediante el que se interpone conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U (REE), en su condición de Operador del Sistema (OS), en relación con la denegación de la participación de varias

centrales de propiedad de las citadas sociedades en el servicio de disponibilidad de potencia para el año 2016.

En su escrito de planteamiento de conflicto, ASA y NANSA exponen los siguientes antecedentes y alegaciones, resumidos de forma sucinta:

- Que *«en fecha 1 de julio de 2015 las sociedades ASA y Nansa notificaron al operador del sistema eléctrico REE su voluntad de prestar en 2016 el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad, regulado en la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre a través de determinadas centrales hidráulicas pertenecientes a las citadas sociedades»*.
- Que *«con fecha 14 de octubre de 2015, el Operador del Sistema deniega dicha posibilidad de prestar el servicio por las siguientes centrales: La Sarra, Escarra, Baños y Sesue –propiedad de ASA y Peña del Bajo, propiedad de Nansa [...] por tratarse de instalaciones de producción del antiguo régimen especial de producción de energía»*.
- Que *«ASA y NANSA no están conformes con las razones expuestas por REE en las notificaciones en las que se deniega la posibilidad de sus centrales de embalse del extinto régimen especial de producción de energía de prestar el servicio»*.
- Que *«esta interpretación [la de REE] carece, no obstante, de justificación legal ya que, si nos atenemos al tenor literal de la Orden, las centrales citadas sí son aptas para la prestación y el cobro del citado servicio»*.
- Que *«la exclusión de estas centrales es discriminatoria: Las centrales del extinto régimen especial están en idénticas condiciones que las del antiguo régimen ordinario y son técnicamente igual de aptas para la prestación del servicio en los términos previstos en la Orden»*.
- Que *«las centrales hidráulicas de embalse del grupo ACCIONA a que se refiere este escrito se encuadran en este grupo, al tratarse de centrales que técnicamente son perfectamente capaces de dar cobertura rápidamente a las puntas de demanda. Son centrales de embalse con lo que tienen igual derecho a prestar el servicio que si se trataran de centrales de régimen ordinario, al utilizar una tecnología que les permite estar en condiciones de contribuir a las puntas de demanda del sistema y de cumplir con todos los requisitos previstos en el artículo 5 de la Orden ITC/3127/2011»*.
- Que *«si en algún momento, la normativa distinguía entre régimen ordinario y especial, quizá ello tenía sentido por cuanto el régimen especial era merecedor de un régimen económico primado. Ahora bien, en el contexto*

actual, no existe régimen especial ni las centrales objeto de este escrito reciben ninguna remuneración primada».

- Que, *«carece de lógica y de justificación interpretar a día de hoy que unas centrales –que un día pertenecieron al extinto régimen especial –no pueden prestar el servicio de disponibilidad de potencia mientras que otras- que en su día estaban encuadradas en el régimen ordinario- sí pueden, cuando una y otras instalaciones están en idénticas condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico».*

Expuestos los citados antecedentes y consideraciones, ASA y NANSÁ concluyen solicitando a esta Comisión que: *«confirme que, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente, las centrales hidráulicas de embalse denominadas La Sarra, Escarra, Baños, Sesue y Peña de Bejo pueden ser prestadoras del servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad en 2016, aun cuando antiguamente pertenecieran al régimen especial de producción de energía, teniendo, por ende, derecho al cobro de la retribución correspondiente; y consecuentemente con lo anterior se reconozca el derecho de Acciona Saltos del Agua, S.L. y de Saltos del Nansa I, S.A. a ser receptoras de la retribución legalmente prevista por la prestación de dicho servicio a través de sus centrales hidroeléctricas de embalse».*

En apoyo de sus pretensiones ASA y NANSÁ aportan, junto con su escrito de interposición de conflicto, dos Anexos con las copias de las notificaciones remitidas a REE y los escritos de respuesta de la misma.

SEGUNDO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento y alegaciones del Operador del Sistema.

Una vez analizada la admisibilidad del conflicto planteado, se comunicó a ASA y NANSÁ y al OS el inicio del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (Ley 30/1992). Al OS se le dio traslado del escrito de ASA y NANSÁ, confiriéndole un plazo de diez días hábiles, de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, para formular alegaciones y aportar los documentos que estimaran convenientes en relación con el objeto del conflicto.

En fecha 11 de diciembre de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de REE de 9 de diciembre de 2015, en su condición de OS, relativo al objeto del conflicto. REE alega, resumidamente, lo siguiente:

- Que «en la comunicación que ha motivado el presente conflicto REE informa a las entidades ASA y NANSÁ que, las unidades de generación no pueden prestar el servicio de disponibilidad de potencia toda vez que se consideran fuera del ámbito de aplicación establecido en la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, dado que si bien figuran en el fichero disponible del Registro Administrativo de Producción de Energía Eléctrica, son unidades de generación englobadas dentro del extinto Régimen Especial».
- Que «se entiende erróneamente de contrario que la exclusión que realiza el Operador del Sistema es discriminatoria, puesto que las centrales objeto de discrepancia no están excluidas expresamente en ninguno de los supuestos legales de exclusión de la Orden ITC/3127/2011. Asimismo, entienden erróneamente que en el contexto actual, las centrales que en su día pertenecieron al extinto régimen especial, estarían ahora en idénticas condiciones desde el punto de vista tanto técnico como económico, a pesar de que no existe por el momento, desarrollo normativo que varíe dicha situación, tal y como establece la disposición transitoria primera de la vigente Ley del Sector Eléctrico».
- Que «en el escrito de interposición del conflicto, obvian las solicitantes que la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, es anterior a la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, estando pendiente del desarrollo normativo al que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sector Eléctrico».
- Que «por lo tanto, al evaluar la solicitud de prestación del servicio de disponibilidad por parte de las unidades de generación propuestas, el Operador del Sistema ha denegado el mismo en tanto en cuanto no se modifique la citada Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, al entender que las instalaciones para las que se ha solicitado la prestación del servicio de disponibilidad en 2016, no se encuentran inscritas en Sección Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica, sino en la sección del registro correspondiente al antiguo régimen especial».
- Que «a mayor abundamiento, en dicha sección no hay clasificación oficial que discierna entre centrales hidráulicas fluyentes, embalses, bombeos puros y mixtos, por lo que no se puede comprobar la inscripción de dichas instalaciones en la categoría de embalse».
- Que «podemos concluir que el Operador del Sistema en la comunicación remitida en 14 de octubre de 2015 ha actuado conforme a Derecho, toda vez que ha interpretado correctamente que la citada Orden es de aplicación exclusivamente a las instalaciones de producción de régimen ordinario,

excluyéndose las instalaciones inscritas en el extinto régimen especial» (subrayado en el escrito de REE)

REE concluye su escrito solicitando a esta Comisión que «dicte Resolución por la que *desestime el conflicto de gestión técnica planteado por ASA y NANSA, y declare que la actuación de REE en su calidad de Operador del Sistema, ha sido conforme a Derecho*».

TERCERO.- Trámite de audiencia.

Instruido el procedimiento, mediante escritos de fecha 15 de enero de 2016 se puso de manifiesto a ambos interesados confiriéndoles un plazo de diez días para formular alegaciones. Dichos escritos fueron recibidos por el OS y por ASA y NANSA el 26 de enero de 2016, según consta acreditado.

Con fecha 5 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ASA y NANSA del mismo día, mediante el cual presentó alegaciones en el citado trámite de audiencia en las que contesta al escrito de REE y cuyo resumen es el siguiente:

- Que en relación a la interpretación por REE del artículo 1 de la Orden ITC/3127/2011 insiste en que *«tal y como manifestamos en nuestro escrito de interposición del conflicto, la lectura literal de dicho artículo solo puede llevar a interpretar que las instalaciones que pueden prestar el servicio son [...] todas aquellas otras (y aquí la Orden no hace distinción de si están sujetas al régimen ordinario o al régimen especial) que contribuyan a la cobertura de las puntas de demanda del sistema»*.
- Que, en relación a la interpretación por REE del artículo 2 de la citada orden insiste *«en la lectura literal del precepto citado de la Orden conduce necesariamente a interpretar que las centrales aptas para la prestación del servicio son: [...] las centrales hidráulicas de bombeo y embalse, sin que en este caso haya en la Orden requisito alguno relativo a su inscripción en una sección u otra del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción. Puesto que esta última categoría es a la que pertenecen las centrales hidroeléctricas objeto de la discrepancia y puesto que [...] las mismas no se encuentran en los supuestos de exclusión referidos en el párrafo segundo del mismo artículo 2, parece obvio que las centrales de ASA y NANSA están incluidas entre las instalaciones a las que es de aplicación el servicio»*.
- Que, en relación a la interpretación por REE de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 24/2013, del sector eléctrico entiende que *«no procede en este caso [...] No hay en la Orden ninguna referencia al régimen especial que*

haga preciso entender que la Orden se está refiriendo al extinto régimen especial».

- Que, en relación a la alegación de REE sobre la falta de inscripción de las centrales en la sección primera del registro de productores de energía eléctrica se limita a indicar que la norma no lo exige y que *«las centrales hidroeléctricas no fluyentes de ASA y NANSA objeto del conflicto están en igualdad de condiciones de prestar el servicio de disponibilidad que otras centrales antes pertenecientes al régimen ordinario, son técnicamente igual de aptas para ello, con independencia de la sección del registro en que figuren inscritas».*
- Que, finalmente y en atención a la mención que hace REE a que no hay clasificación oficial que discierna entre centrales hidráulicas fluyentes, embalses, bombeos puros y mixtos, por lo que no se puede comprobar la inscripción de dichas instalaciones en la categoría de embalse y que para su acreditación se declaren gestionables, ASA y NANSA entienden que *«es un requisito no previsto en el artículo 2 de la Orden ITC/2317/2011»*, además informa a la CNMC de que la *«propia REE ya ha reconocido expresamente la condición de gestionables de algunas centrales de ASA y NANSA a las que luego sin embargo ha denegado la posibilidad de participar en el servicio de disponibilidad».* Acompaña a tal declaración en Anexo I de su escrito dicha documentación de REE.
- Finaliza sus alegaciones apelando a los principios regulatorios básicos de garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico, en particular, evitando *«crear una desventaja competitiva artificial y, de facto, es una discriminación injustificada desde un punto de vista legal, técnico y económico. Con esa interpretación restrictiva, las centrales afectadas se encuentran limitadas para rivalizar en igualdad de condiciones con sus competidoras, a pesar de ofrecer el mismo servicio».*

ASA y NANSA concluyen su escrito solicitando que se resuelva el conflicto en el sentido de que *«las centrales hidráulicas de embalse denominadas La Sarra, Escarra, Baños, Sesue y Peña de Bejo pueden ser prestadoras del servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad en 2016, teniendo, por ende, derecho al cobro de la retribución correspondiente; y consecuentemente con lo anterior se reconozca el derecho de Acciona Saltos del Agua, S.L. y de Saltos del Nansa I, S.A. a ser perceptoras de la retribución legalmente prevista por la prestación de dicho servicio a través de sus centrales hidroeléctricas de embalse».*

El OS no presentó alegaciones en el trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

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

ASA y NANSA, titulares de varias centrales hidráulicas de embalse, discrepan de la negativa del OS a incluir dichas centrales como prestadoras del servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad en 2016.

Tal discrepancia puede ser objeto de un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico, del que forman parte los pagos por disponibilidad en el marco de las medidas que garantizan el suministro eléctrico, como establece el artículo 30.2 m) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013).

Concurren por ello los presupuestos jurídicos de un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico, determinantes de la actuación de la CNMC a instancia de los sujetos interesados, en este caso, ASA y NANSA.

SEGUNDO.- Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos relativos a la gestión económica y técnica del sistema que, en relación con el sector eléctrico, se atribuye a la CNMC tanto por el artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013, como por el artículo 30.3 de la 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 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013) y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

TERCERO.- Procedimiento aplicable.

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 12 de la Ley 3/2013 y, en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común, según determina el artículo 2 de la Ley 3/2013.

CUARTO.- 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 Ley 24/2013.

El plazo de referencia se concreta en el conflicto planteado en los siguientes términos: en fecha 14 de octubre de 2015 ASA y NANSA recibieron sendas comunicaciones remitida por el OS en virtud de la cual se les informaba de que determinadas centrales de su propiedad no podían participar en el servicio de disponibilidad de potencia en el año 2016.

El escrito dirigido por ASA y NANSA a la CNMC instando la intervención de esta Comisión para la resolución del conflicto planteado fue presentado en el Registro de la CNMC el 13 de noviembre de 2015 y, por tanto, dentro del plazo de un mes desde que se produjo el hecho o decisión correspondiente, en este caso la notificación de REE antes referida. Procede, en consecuencia, admitir a trámite el conflicto planteado por ASA y NANSA.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

PRIMERO.- Análisis de las circunstancias concurrentes en el conflicto.

ASA y NANSA son titulares de varias centrales hidráulicas de embalse, en concreto, las centrales de La Sarra, Escarra, Baños y Sesue, situadas todas ellas en el Pirineo oscense, propiedad de ASA y Peña de Bejo, central a pie de presa a partir de la cual se inician los llamados saltos del río Nansa, en Cantabria, propiedad de NANSA (folio 1 del expediente). Todas ellas son centrales de embalse y estaban inscritas como unidades de generación dentro del extinto Régimen Especial (folios 1-2 del expediente), recibiendo la correspondiente prima y en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (en adelante, Real Decreto 661/2007).

El régimen especial estuvo vigente hasta el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que introduce la noción de régimen retributivo específico, posteriormente desarrollada en la Ley 24/2013, el 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 y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

A día de hoy las centrales reseñadas **no reciben retribución específica**, según declaran las sociedades que plantean el conflicto (folio 6 del expediente), sin que el OS cuestione tal situación.

De cara a la temporada del servicio de disponibilidad de 2016, ASA y NANSA solicitaron al OS que las centrales indicadas participaran en el mismo, al entender que siendo centrales de embalse y no recibiendo retribución específica, estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el anexo III de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (en adelante, Orden ITC/3127/2011).

Como se ha expuesto en los antecedentes, el OS denegó dichas solicitudes alegando cuestiones jurídicas y no técnicas, concluyendo lo siguiente:

“A tenor de lo expuesto en la presente alegación, podemos concluir que el Operador del Sistema en la comunicación remitida en 14 de octubre de 2015 ha actuado conforme a Derecho, toda vez que ha interpretado correctamente que la citada Orden es de aplicación exclusivamente a las instalaciones de producción de régimen ordinario, excluyéndose las instalaciones inscritas en el extinto régimen especial” (el subrayado es nuestro) (folio 124 del expediente).

Por tanto, la cuestión que ha de resolverse en el presente conflicto es la de si la Orden ITC/3127/2011 permite entender incluidas en su ámbito de aplicación a centrales de embalse que formaron parte hasta 2014 del extinto régimen especial, pero que ya no reciben retribución específica.

SEGUNDO.- El marco normativo del servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad.

La Orden ITC/3127/2011 se dictó en desarrollo de lo previsto en el artículo 16.1 c) de la derogada Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante Ley 54/1997) que establecía lo siguiente en el marco del precepto dedicado a la retribución de las actividades del sistema y, en concreto, las de la actividad de producción:

c) Adicionalmente el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá establecer una retribución en concepto de pago por capacidad en función de las necesidades de capacidad del sistema.

La redacción vigente en 2011 se introdujo mediante la Ley 17/2007, de 4 de julio, de reforma de la Ley 54/1997, y derogó la retribución de la garantía de potencia de cada unidad de producción, vigente desde la redacción original de 1997.

Con ello, se pasó de un concepto retributivo genérico relacionado con la potencia garantizada para cada unidad de producción a un concepto basado en las necesidades del sistema¹.

En desarrollo de lo previsto en el artículo 16.1 c) de la Ley 54/1997, el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, estableció en su disposición adicional sexta, la existencia de dos tipos de pagos por capacidad, uno para promover las inversiones de generación y otro, que es el que aquí interesa, destinado a promover la disponibilidad de instalaciones para el sistema.

“A partir de 1 de octubre de 2007, entrará en vigor el nuevo sistema de retribución en concepto de pago por capacidad que establecerá el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Dicho sistema se articulará en dos tipos de incentivo, uno destinado a promover las inversiones de generación y otro destinado a promover la disponibilidad de las instalaciones para el sistema eléctrico.”

De inmediato, y dando cumplimiento al plazo señalado, el apartado cuarto de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (en adelante Orden ITC/2794/2007) aprobó la regulación de los pagos por capacidad, remitiendo al Anexo III de la propia Orden las condiciones de prestación del servicio de capacidad de potencia a medio y largo plazo de las instalaciones de generación, los requisitos para participar como proveedor del servicio y el régimen retributivo de dichos pagos.

Ahora bien, en el anexo III de la Orden ITC/2794/2007 se reguló el incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo, pero el servicio de disponibilidad quedó simplemente definido, pero pendiente de desarrollo, ya que el apartado cuarto del citado anexo remitió a una norma posterior el establecimiento de los pagos para cada tipo de producto, así como las condiciones técnicas de habilitación de las instalaciones, estableciendo que el OS pudiera proponer mecanismos transitorios hasta la aprobación de la normativa de desarrollo de los pagos por disponibilidad.

¹La justificación de la enmienda número 103 donde se introduce la redacción que finalmente fue aprobada, es clara: *“Por su parte, el pago por capacidad es un concepto retributivo que debe establecerse en función de las necesidades del sistema en cada momento y no de forma genérica, para cualquier instalación, como contempla la Ley en la actualidad”*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm 92, 24 de abril de 2007.

Con ello también se evitaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su Sentencia 139/2009, de 28 de enero de 2009 (CENDOJ 28079130032009100023), había entendido que las centrales nucleares podían recibir pagos en garantía de potencia, aun no estando contempladas en las normas de desarrollo de dicho pago, justamente porque garantizaban un suministro continuo y seguro.

Finalmente, tras más de cuatro años desde la entrada en vigor de la reforma legal de 2007, se aprobó la Orden ITC/3127/2011, que regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y que es la normativa vigente, siendo la determinación y alcance de su ámbito de aplicación en la actualidad el objeto del presente conflicto, por lo que su análisis se realiza posteriormente.

No obstante, es importante señalar tres cuestiones a la hora de interpretar en el momento presente el contenido de la Orden ITC/3127/2011:

En primer término, la Orden nació con vocación transitoria como se desprende del tenor literal de sus disposiciones adicionales primera y segunda:

“El servicio de disponibilidad a medio plazo definido en la presente orden resultará de aplicación para el período de un año a contar desde el día 15 del mes siguiente a su entrada en vigor, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 6 de la misma”.

“El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio aprobará un nuevo mecanismo y que, a estos efectos, la Comisión Nacional de Energía² elaborará una propuesta de pagos por capacidad, en el plazo de seis meses, que remitirá al Ministerio con un contenido que se detalla en la propia adicional”

En segundo lugar, la nueva Ley del Sector eléctrico –Ley 24/2013- establece, en su artículo 14.5.c), al definir la retribución de la actividad de producción, lo siguiente:

En su caso, la retribución en concepto de mecanismo de capacidad, que se establecerá por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, que permita dotar al sistema de un margen de cobertura adecuado e incentive la disponibilidad de potencia gestionable.

² La extinta CNE cumplió con el mandato aprobando en 5 de diciembre de 2012, la propuesta de mecanismo por el que se establece el servicio de garantía de suministro. En el que literalmente se proponía:

“Tendrán derecho al incentivo de disponibilidad aquellas centrales de régimen ordinario o de régimen especial sin prima que acrediten al OS estar habilitadas por el OS para la participación en el mecanismo de gestión de desvíos”.

Posteriormente, se remitió para informe Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los mecanismos de capacidad e hibernación y se modifican determinados aspectos del mercado de producción de energía -véase Informe 23/2013, CNE de 12 de septiembre de 2013).

Finalmente, también se ha enviado para informe la propuesta de orden por la que se regula el mecanismo de capacidad para la mejora medioambiental en determinadas instalaciones de producción de electricidad, bien que este informe tenía como cuestión principal el reconocimiento de los pagos a instalaciones térmicas de carbón autóctono -véase IPN/DE/009/15, de 30 de septiembre de 2015).

Como se puede apreciar, la Ley 24/2013 no modifica sustancialmente el concepto de los pagos por capacidad, aunque habla, por una parte, de mecanismo de capacidad y no de pagos, en términos similares a la disposición adicional segunda de la Orden ITC/3127/2011, para incluir el desarrollo de algún tipo de mecanismo competitivo de asignación de los mismos y, por otra, desarrolla algo más la finalidad que ha de cumplir el mecanismo de capacidad: dotar al sistema de un margen de cobertura adecuado e incentivar la disponibilidad de potencia gestionable.

Finalmente y no por ello menos importante, la normativa de desarrollo reglamentaria por la que se regula el régimen retributivo específico ha sido aprobada en su totalidad, poniendo punto final a la aplicación en su ámbito propio, la retribución de determinadas instalaciones de producción, de la normativa derogada formalmente por el Real Decreto-Ley 9/2013.

En consecuencia, cualquier referencia de la normativa sectorial, aún vigente, a dicho régimen especial será una mención aislada cuya eficacia jurídica deberá interpretarse justamente a la luz de esta circunstancia.

TERCERO.- El ámbito de aplicación de la Orden ITC/3127/2011.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el conflicto y la evolución de la normativa de los pagos por capacidad, el artículo 2 de la Orden ITC/3127/2011 establece el siguiente ámbito de aplicación:

“Este servicio será de aplicación a las instalaciones térmicas de producción de energía eléctrica de régimen ordinario inscritas en la Sección Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica, que pudieran no estar disponibles en los periodos de punta del sistema a falta de la retribución por este concepto, al ser tecnologías marginales del mercado diario, es decir, las centrales de fuel-oil, las centrales de ciclo combinado y las de carbón. Asimismo, será de aplicación para las instalaciones hidráulicas de bombeo puro, bombeo mixto y embalse.

Quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la presente orden aquellas instalaciones a las que se aplique la prima que se establece en los artículos 45 y 46 y en la disposición adicional sexta del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, así como las centrales hidráulicas fluyentes”.

El precepto se articula en dos apartados, uno primero que determina qué instalaciones pueden participar en el servicio de disponibilidad y un segundo que excluye a una serie de instalaciones que, en principio, estarían incluidas.

En el apartado primero del artículo 2, la norma opta, en primer término, por realizar una inclusión articulada sobre la tecnología de la instalación. Efectivamente las únicas instalaciones que pueden participar en el servicio de disponibilidad son, en principio, instalaciones térmicas e hidráulicas frente a otras tecnologías.

Ahora bien, el precepto establece de modo similar, pero no idéntico cuáles de estas instalaciones pueden acceder a los pagos por disponibilidad.

Respecto de las instalaciones térmicas exige expresamente que las mismas sean de régimen ordinario inscritas en la Sección Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica, para concluir añadiendo que sean tecnologías marginales del mercado diario.

Sin embargo, cuando se refiere a las instalaciones hidráulicas, el segundo inciso, gramatical y ortográficamente separado mediante un punto, simplemente enumera una serie de tipos (bombeo puro, mixto y embalse) –sin mención expresa a régimen ordinario o especial.

Ahora bien, de esta falta de mención expresa no se puede deducir sin más como alegan ampliamente ASA y NANSA que todas las instalaciones hidráulicas no fluyentes, incluidas las del extinto régimen especial, estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del servicio de disponibilidad de los pagos por capacidad.

Tampoco es admisible la argumentación del OS en el sentido de que el adverbio “asimismo”, con el que inicia el inciso suponga una plena equiparación en el sentido de que las instalaciones hidráulicas debían ser de régimen ordinario y estar inscritas en la Sección Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica.

La Orden ITC/3127/2011 iba más allá, al excluir del ámbito de su aplicación aquellas instalaciones que aun siendo de régimen ordinario, recibían una retribución específica o prima. Este requisito es consecuencia directa de la exclusión que el apartado segundo del artículo 2 hace de las instalaciones de régimen ordinario, que recibían prima, de conformidad con el derogado RD 661/2007. De dicha exclusión, debe interpretarse concluyendo que el objetivo de la norma era el otorgar un pago por disponibilidad a aquellas instalaciones que no estuvieran recibiendo otro tipo de régimen económico, que ya estuviera consiguiendo el incentivo buscado de asegurar la disponibilidad de la planta.

CUARTO.- LOS LIMITES A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 24/2013 Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDEN ITC/3217/2011.

Como ya se ha indicado, el OS deniega la solicitud de ASA y NANSÁ por la única razón de que, en su interpretación el artículo 2 exigía también a las instalaciones hidráulicas ser instalaciones de régimen ordinario inscritas en la Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica. En consecuencia, por aplicación de lo previsto en la disposición transitoria primera.3 de la Ley 24/2013, las centrales titularidad de ASA y NANSÁ quedarían excluidas por no ser de régimen ordinario al tiempo de la entrada en vigor de la Orden ITC/3127/2011.

La disposición transitoria establece lo siguiente:

1. *En tanto no se dicten las normas de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para la aplicación de alguno de sus preceptos, continuarán aplicándose las correspondientes disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica.*
2. *Las referencias realizadas en la normativa a la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se entenderán realizadas a los conceptos equivalentes regulados en la presente ley. En particular:*
 - a) *Las referencias existentes en la normativa sectorial a los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, se entenderán realizadas a los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.*
 - b) *Las referencias existentes en la normativa del sector eléctrico a costes permanentes y costes de diversificación y seguridad de abastecimiento se entenderán hechas a costes del sistema.*
3. ***No obstante lo anterior, las referencias que en la normativa sectorial se hacen al régimen ordinario y al régimen especial se entenderán realizadas a la definición de dichos regímenes vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.***

Lo primero que ha de indicarse para interpretar esta disposición transitoria es que su apartado tercero es una excepción –*no obstante lo anterior*– a la regla general de la plena aplicabilidad de los nuevos conceptos legales equivalentes por lo que ha de ser interpretada restrictivamente.

Esta norma transitoria, por otra parte, ha de ponerse en relación con la pervivencia de los efectos económicos del extinto régimen especial hasta que se aprobara toda la normativa de desarrollo del nuevo régimen retributivo específico en línea con lo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y la propia Ley 24/2013, que siguió retribuyendo a las instalaciones del extinto régimen especial de conformidad con el RD 661/2007 hasta 2014. Esta es, por tanto, la finalidad básica o primaria de la norma transitoria.

Es cierto que su formulación es genérica –*normativa sectorial*–, pero no es lo menos que su aplicación a ámbitos que no sean los propios del régimen retributivo específico de las instalaciones actualmente definidas en el artículo

14.7 Ley 24/2013 y en un momento en el que ya es de aplicación en dicho ámbito propio, no puede realizarse de forma automática.

Dicho de otro modo, la aplicación que ha realizado el OS debe someterse a un juicio de razonabilidad en el que el parámetro venga establecido, por una parte por su indudable carácter de excepción a la regla general de directa aplicabilidad de los conceptos de la nueva Ley y por otra, por la finalidad de la norma y la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada, principios de interpretación ambos recogidos en el artículo 3.1 del Título preliminar del Código Civil.

El objetivo de tal juicio de razonabilidad no es otro que evitar posibles (e indeseados) supuestos de ultraactividad de una norma formal y materialmente derogada en unos sectores en los que su aplicación era instrumental y sin que literalmente –instalaciones hidráulicas- estuviera mencionado.

La citada interpretación del OS tiene problemas serios cuando se tiene en cuenta la finalidad de la norma y la realidad en que ha de ser aplicada. En efecto, en el momento presente se han elaborado y aprobado todas las disposiciones de desarrollo de la retribución específica para la producción con fuentes renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos por lo que los conceptos de régimen ordinario y régimen especial están derogados formal y materialmente, no siendo de aplicación en el ámbito propio de la retribución de unas determinadas instalaciones de producción.

Con ello, el OS dota de ultraactividad a la derogada definición de régimen ordinario y especial y lo hace para aplicarla, primero a una norma de vocación provisional, que debería haber sido sustituida hace años, como es la Orden ITC/2317/2011, que no ha sido adaptada después de más de dos años al nuevo marco legal del sector, segundo en un sector que no es el propio, sino donde la definición era instrumental y en el que su finalidad era evitar el doble pago –prima más pago por capacidad- y finalmente y lo más importante para denegar la participación en los servicios de disponibilidad a los titulares de unas instalaciones cuya situación presente es técnica y retributivamente igual a las de otras que ya vienen prestando tal servicio. En efecto, estas centrales ya no tienen retribución alguna y son técnicamente iguales a las que vienen prestando el servicio.

Ya ha afirmado esta Comisión, en su informe sobre la posible participación de determinadas instalaciones de energías renovables en los servicios de ajuste del sistema, según el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio (INF/DE/0108/14) y que, ambas partes citan parcialmente en apoyo de sus respectivas pretensiones, que **debería evitarse tratar situaciones homogéneas en la actualidad de forma diversa con el único argumento de la heterogeneidad pasada.**

En dicho informe se indicaba expresamente que:

“Además, podría darse el caso de que determinadas unidades de producción renovables gestionables —típicamente pequeñas hidráulicas— pudieran ser expresamente habilitadas para la prestación de, por ejemplo, los servicios de reserva terciaria o gestión de desvíos (a priori técnicamente más exigentes por el horizonte temporal en el que han de prestarse), y no pudieran participar en el de restricciones técnicas, no por su incapacidad para superar una prueba de habilitación que hasta la fecha no se ha definido, sino por razón de haber sido encuadradas en el pasado en el llamado régimen especial.”

De lo expuesto en esta consideración y en las anteriores cabe concluir que, de manera provisional, en aplicación de la disposición transitoria decimotercera del RD 413/2014, y a falta de criterios distintos que habrán de establecerse mediante Resolución, las instalaciones hidráulicas no fluyentes incluidas anteriormente dentro del régimen especial que hubieran superado en su día la prueba de gestionabilidad habrían de participar en el proceso de resolución de restricciones técnicas (el cual consta a su vez de dos fases), ya que para la prestación de dicho servicio de sistema no está prevista otra prueba de habilitación específica adicional a la ya citada de gestionabilidad.

Esta interpretación requeriría, a su vez, una revisión en profundidad de la redacción del P.O. 3.2, que establece la manera en que una y otras unidades de producción participan en el proceso en función de su encuadre en el régimen ordinario o especial, clasificación que ha quedado obsoleta e impediría en la práctica la aplicación de la repetida disposición transitoria decimotercera del RD 413/2014.

En tanto dicha revisión —que es urgente— no se produzca, el tratamiento de las unidades asociadas a la producción renovable gestionable —y entre ellas, las hidráulicas no fluyentes— debiera ser homogéneo, con independencia del régimen al que estuviera acogida la instalación en cuestión en el esquema regulatorio previo a la vigente LSE, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 de su disposición transitoria primera”.

Resulta así evidente que la interpretación del OS de la disposición transitoria tercera primera.3 de la Ley 24/2013, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden ITC/2317/2011 no parece razonable en el momento actual para justificar un tratamiento distinto de situaciones semejantes y, por ello, no se puede compartir.

Por último, no puede dejar de mencionarse que las centrales de embalse titularidad de ASA y NANSa cumplen con la finalidad de la nueva regulación de los mecanismos de capacidad establecida en el artículo 14.5.c) Ley 24/2013: dotar al sistema de margen de cobertura e incentivar la disponibilidad de potencia gestionable, todo ello con independencia de la tecnología y tampoco puede olvidarse que el concepto legal de este tipo de pagos debe primar sobre cualquier otra consideración formal en el sentido apuntado en su día por la

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 (CENDOJ 28079130032009100023), cuando entendió que las centrales nucleares podían recibir pagos en garantía de potencia, aun no estando contempladas en las normas de desarrollo de dicho pago, justamente porque garantizaban un suministro continuo y seguro que era el fundamento legal para dicho tipo de retribución.

Por todo lo anterior, no resulta justificado ni razonable que se deniegue a las citadas centrales de embalse propiedad de ASA y NANSA su participación en el servicio de disponibilidad de los pagos por capacidad solo porque en su día formaron parte del extinto régimen especial, generando así un tratamiento diferenciado de situaciones semejantes en atención exclusivamente a la situación pasada.

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

RESUELVE

ÚNICO. Estimar el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por ACCIONA SALTOS DE AGUA, S.L.U. Y SALTOS DEL NANSA I, S.A. frente al Operador del Sistema en relación con la denegación de la participación de sus centrales, reconociendo que las centrales hidráulicas de embalse La Sarra, Escarra, Baños, Sesue y Peña de Bejo pueden ser prestadoras del servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad en 2016 y reconociendo el derecho de ACCIONA SALTOS DE AGUA, S.L.U. Y SALTOS DEL NANSA I, S.A. a ser perceptoras de la retribución prevista por la prestación de dicho servicio.

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.