

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO XABIER ORMAETXEA EN RELACIÓN A:

“ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME A SOLICITUD DE LA DGPEM PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE RETRIBUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA EL AÑO 2016”

APROBADO POR LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC EN SU SESIÓN DE 15 DE OCTUBRE DE 2020, EN EL PUNTO 3.10 DE SU ORDEN DEL DÍA.

El Consejero que suscribe se ratifica en su voto negativo al asunto de referencia y, consecuentemente con el anuncio realizado y que consta en acta, formula el siguiente voto particular en disconformidad con el acuerdo de la Sala.

1. Respecto a la Reformulación de Cuentas, y la posibilidad de efectuar el cálculo con los valores de las cuentas del año 2014 reformuladas y depositadas en el Registro Mercantil, o hacerlo con las cuentas que existieron del año 2014 antes de la reformulación de las mismas

- Si el propio TS ha legitimado la posibilidad de reformular las cuentas anuales, en modo alguno puede un órgano como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), que carece de competencias para analizar la reformulación de cuentas, cuestionar las cuentas anuales reformuladas.
- El Órgano competente en todo caso para poner en cuestión dichas cuentas en primer lugar sería el ICAC, y no la CNMC. Si se pone en cuestión debiera tomarse alguna acción como denunciarlas.
Por tanto, si la reformulación de las cuentas anuales de 2014 ha sido efectuada con la conformidad de los auditores de cuentas externos a las compañías, en modo alguno puede la CNMC poner en tela de juicio las mismas pese a no existir ningún pronunciamiento administrativo o judicial que las cuestione.
- Las reformulaciones de cuentas de cada empresa se han registrado en los diferentes registros Mercantiles, competentes en el registro y en dar oficialidad a las cuentas de cada año. ¿Los diferentes Registros Mercantiles que son escrupulosos en analizar y registrar oficialmente las cuentas anuales se han equivocado? Es imposible.
- La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), como organismo encargado de velar por la transparencia de estos mercados y la correcta formación de precios en los mismos, así como la protección de los inversores, recibe un importante volumen de información, gran parte de la cual se recibe de los registros oficiales como el Registro Mercantil. La CNMV, en su labor de supervisión, si hubiera detectado incongruencias en las reformulaciones de cuentas lo hubiera puesto de manifiesto.
- Además, la propia sentencia señala textualmente en su fundamento Undécimo:

“DECIMOPRIMERO.- Sobre el descuento de los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación, es

decir, que han sido retirados técnicamente pero no han sido dados de baja contablemente.

.....

En todo caso es preciso atender a la normativa contable para verificar que a cada compañía afectada es a quien compete dar de baja los ETAM fuera de uso. Y así debe constar en la contabilidad. Siendo, en definitiva, una cuestión de hecho cuya prueba corresponde a quien la invoca. Debiendo, en su caso, modificar adecuadamente sus cuentas.”

Es decir, se indica claramente en dicho Fundamento la modificación y reformulación de las cuentas sin limitación para especificar el valor de los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación.

- Las cuentas de 2014 previas a su reformulación ya no tienen validez legal alguna y, por tanto, si se solicitan al Registro Mercantil las cuentas oficiales aprobadas, aceptadas y registradas, éstas son necesariamente las que actualmente existen en dicho registro y no otras, y por tanto los cálculos no se pueden hacer con cuentas sin valor legal.
- En cuanto a las dudas suscitadas que se señalan en el Informe de la CNMC, es de señalar que el informe pericial debía ser muy fiable, y como prueba de ello, es de señalar que fue admitido como prueba por el Tribunal Supremo.
Según el informe se basó: en el inmovilizado aportado en 2014 para el cálculo de la retribución base que estaba auditado, en su auditoría, en la realización de pruebas de campo, se utilizaron sistemas de información gráfica de activos (GIS)/Geoposicionamientos y se realizaron consultas a fabricantes sobre en qué fechas dejaron de fabricar ciertos tipos de equipos/materiales.
- A modo de conclusión, la CNMC debe actuar en el marco de sus competencias, sin enjuiciar labores que exceden de su ámbito.

1.a- Respecto a los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación.

El presunto desconocimiento por la CNMC de los ETAM fuera de servicio en la contabilidad no es correcto, no hay más que ver la orden 2660/2015 que señala en el Anexo VI:

“En el cálculo de Vida residual promedio a 31 de diciembre del año base se deberán descontar los Elementos Totalmente Amortizados (ETAM) declarados por las empresas distribuidoras en sus Cuentas Anuales a 31 de diciembre del año base.

A tal efecto, se deberán descontar:

a) Elementos totalmente amortizados contablemente y que no se encuentran físicamente en explotación, es decir, que han sido retirados técnicamente pero no han sido dados de baja contablemente.

b) Elementos totalmente amortizados contablemente, pero que se encuentran todavía en uso y, por tanto, considerados en el inventario físico informado por las empresas distribuidoras.”

2.- Respecto al Coeficiente de Lambda base (λ base) de 2016.

En la propuesta de Orden del Ministerio por la que se fija la retribución de las empresas para el año 2017 y se establece la metodología del cálculo del λ base, se señalaba:

“Con respecto a la retribución del año 2016, ésta también se encuentra afectada por la sentencia que obliga a establecer una nueva metodología de cálculo del valor λ base.

Como consecuencia de que existen varios recursos contra la Orden IET/980/2016, de 10 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para el año 2016, y que resulta inminente que el Tribunal Supremo dicte sentencia sobre los mismos, se considera oportuno no modificar la retribución establecida en dicha orden hasta que se conozca el contenido de dichas sentencias, señalando que se procederá a aplicar la metodología arriba señalada una vez se conozca el alcance de dicha sentencia.”

Por ello, se debería incorporar en los cálculos de la retribución la aplicación de la nueva metodología del parámetro λ base del año 2016, pues si no se hace así, se incumpliría el RD 1048/2013 que establece un único λ base por empresa, la propia OM y por tanto no es posible que exista un λ base 2016 y un λ base para el resto de años el periodo regulatorio y, de hecho, ya ha incorporado la metodología para el año 2017.

3.- Corrección de errores materiales

Mientras para el caso de BEGASA e HC, la CNMC corrige “de oficio” acertadamente los errores detectados durante el nuevo cálculo, en el caso de i-DE, que ha comunicado al MITERD y a la CNMC por escrito la existencia de dichos errores materiales, su consideración y análisis se traslada al anexo. Entiendo que estos errores materiales en la introducción de cifras, una vez comprobados, deben de ser corregidos “de oficio” por la propia CNMC.

En Madrid a 15 de octubre de 2020

XABIER ORMAETXEA GARAI
Consejero