

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE EL CONFLICTO DE GESTIÓN ECÓNOMICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO PLANTEADO POR GRUPO NATURGY CON MOTIVO DE LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE MINORACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD REGULADO EN EL REAL DECRETO-LEY 17/2021

CFT/DE/010/22

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Mariano Bacigalupo Saggese

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D^a. María Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 24 de marzo de 2022

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por GRUPO NATURGY, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013 y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante escrito presentado por D. [REPRESENTANTE] en el Registro electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 14 de enero de 2022, las sociedades CORPORACION EOLICA ZARAGOZA S.L., NATURGY FUTURE, S.L., NATURGY GENERACION, S.L.U., ENERGIAS AMBIENTALES DE SOMOZAS, S.A., EXPLOTACIONES EOLICAS SIERRA DE UTRERA S.L., NATURGY RENOVABLES RURALIA S.L. y SOCIETAT EOLICA L'ENDERROCADA S.A., todas ellas del GRUPO NATURGY presentaron conflicto de gestión económica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. con motivo por aplicación del mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de generación de

electricidad regulado en el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad. (en adelante RD-17/2021), en relación con las facturas recibidas el 12 de noviembre de 2021.

SEGUNDO. El mismo día tuvo entrada escrito con idéntico contenido de las siguientes sociedades: CORPORACION EOLICA ZARAGOZA S.L., NATURGY FUTURE, S.L., ENERGIAS AMBIENTALES DE SOMOZAS, S.A., EXPLOTACIONES EOLICAS SIERRA DE UTRERA S.L., NATURGY RENOVABLES RURALIA S.L. y SOCIETAT EOLICA L'ENDERROCADA S.A., todas ellas parte del grupo GRUPO NATURGY, en relación con las facturas recibidas el 14 de diciembre de 2021.

TERCERO. En fecha 31 de enero de 2022 las sociedades del GRUPO NATURGY presentaron escrito de información complementaria mediante el cual daban traslado de la respuesta dada por REE a su reclamación de 13 de diciembre de 2021. En dicha contestación, REE manifestaba lo siguiente:

«REE no está jurídicamente habilitada para atender, no ya resolver, lo solicitado por Vds. en su Comunicación. Téngase en cuenta que el Real Decreto-ley 17/2021 es una norma con rango de ley vigente, eficaz y aplicable, cuyo contenido de derecho público no es disponible para REE, quien, en su condición de Operador del Sistema, debe cumplir obligatoriamente con las funciones que le asigne la normativa (artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico).

En este contexto, en el ejercicio de sus funciones, REE, como Operador del Sistema, no está habilitada para cuestionar la constitucionalidad o conformidad con el Derecho europeo de la correspondiente norma. Menos aún está facultada para inaplicar una norma con rango de ley, como es el Real Decreto-ley 17/2021, el cual, como saben, goza de presunción de constitucionalidad (sentencia del Tribunal Constitucional 108/2021, de 13 de mayo de 2021) y solo puede ser inaplicado por un órgano jurisdiccional habilitado para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo de 2019).

Por otro lado, en su Comunicación indican que realizan su solicitud “sin entrar a valorar la concreta determinación de la cuantía, llevada a cabo por REE en su Factura como operador del sistema”. De este modo, el aspecto que expresa y específicamente no valoran en su comunicación es el que es objeto de la actividad (bien es verdad que puramente material y de cálculo) de REE en esta materia

Por todo ello, no resulta posible atender la Comunicación de referencia al contener una pretensión que excede de las funciones y competencias asignadas por el Real Decreto-ley 17/2021 y la restante normativa de aplicación a REE.»

CUARTO. En fecha 14 de febrero de 2022 todas las sociedades indicadas en el antecedente segundo, más PARQUE EOLICO EL ALMENDRO, S.L.U., procedieron a plantear nuevo conflicto con el mismo objeto y en relación a las facturaciones recibidas el 14 de enero de 2022.

QUINTO. Mediante oficio de la Directora de Energía de 4 de marzo de 2022 se procedió a la acumulación de los conflictos presentados por las distintas mercantiles, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, indicando que las notificaciones se realizarían exclusivamente a la

dirección electrónica facilitada como GRUPO NATURGY (NATURGY ENERGY GROUP, S.A.)

SEXTO. En todos los escritos presentados se afirma lo siguiente:

«Sin entrar a valorar la concreta determinación de la cuantía, llevada a cabo por REE en su Factura como operador del sistema, la práctica de la Minoración es contraria al ordenamiento nacional español y de la Unión Europea».

Que entienden la minoración como una «prestación pública no tributaria altera el funcionamiento del sistema de libre formación de precios del mercado mayorista la electricidad, establecido por el derecho de la Unión Europea, en perjuicio de las instalaciones no generadoras de gases de efecto invernadero y lo hace, además, sin justificación alguna, por lo que además de infringir el derecho de la Unión vulnera el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución».

Que «por más que el Preámbulo del Real Decreto ley 17/2021 aluda a un presunto “exceso de retribución” no hay en absoluto una “ganancia inmerecida” por parte de las instalaciones no generadoras de gases de efecto invernadero ni ninguna disfunción en el sistema de retribución de la energía en el marco del mercado mayorista que justifique una intervención de los poderes públicos. Antes al contrario, como reconoce el propio Preámbulo del Real Decreto ley, el incremento de la retribución que obtienen las instalaciones no emisoras como consecuencia del aumento del precio de cotización del gas natural no es más que el resultado del correcto funcionamiento del sistema marginalista de fijación de precios (...)»

Que el sistema de minoración del RD-l 17/2021 infringe también los principios establecidos por el artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/943, relativos al mercado interior de la electricidad, es contrario al modelo marginalista y afecta al funcionamiento del propio mecanismo de formación de precios.

Que «Al calcularse la Minoración mensualmente y no en tiempo real, se convierte en un coste variable directo que estas tecnologías han de internalizar, mientras que sus ingresos dependen del precio de casación de la subasta horaria del Pool»

«La prestación pública coactiva no tributaria que se establece por vía de la Minoración para las instalaciones no emisoras, además de contraria al Derecho de la Unión Europea, incurre en un manifiesto vicio de inconstitucionalidad por resultar discriminatorio y, por ende, contrario al derecho a la igualdad del artículo 14 CE, así como arbitrario e injustificado que se les imponga esta obligación de pago.»

Que «Cabe por tanto entender que la falta de justificación objetiva y consiguiente arbitrariedad de la Minoración introducida por el Real Decreto ley 17/2021

determina que esta norma, además de inconstitucional por vulnerar los principios de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, infringe el Derecho de la Unión por contradecir el principio de no discriminación contenido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad».

Añade que «la técnica legislativa del Decreto-ley prevista en el artículo 86 de la misma CE no es hábil ni válida a estos efectos.»

«En la medida en que tanto la Minoración en sí misma como la determinación de su importe se llevan a cabo en un instrumento normativo como el Decreto-ley, no susceptible de impugnación directa por los particulares, el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 CE impone la necesidad de que estos argumentos puedan hacerse valer por los afectados frente a la CNMC a través de la figura del conflicto de gestión económica del sistema que se plantea frente a REE, que como operador del sistema tiene encomendada la determinación y aplicación de la Minoración.»

Por todo ello, GRUPO NATURGY concluye su escrito solicitando, en primer lugar, que se les emita una factura negativa o abono por el mismo importe de las facturas contenidas en sus escritos, y, en segundo lugar, que no se vuelvan a practicar minoraciones de la retribución derivadas del RD-ley 17/2021.

SÉPTIMO. El 10 de marzo de 2022 se ha recibido escrito de NATURGY FUTURE, S.L., EXPLOTACIONES EOLICAS SIERRA DE UTRERA S.L. y PARQUE EOLICO EL ALMENDRO, S.L.U. ampliando el conflicto presentado a las facturaciones emitidas por REE el 14 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Inadmisión del conflicto interpuesto por GRUPO NATURGY.

Como se indica por GRUPO NATURGY en la totalidad de los escritos presentados, el presente conflicto de gestión económica no se dirige contra el cálculo en sí de las liquidaciones efectuadas por REE en su condición de Operador del Sistema. Bien al contrario, se dirige contra el mecanismo de minoración regulado por el RD-ley 17/2021.

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

Pues bien, con independencia de que las facturas emitidas tienen la consideración de provisionales lo que podría plantear dudas sobre la admisibilidad de un conflicto en relación con las mismas, es más relevante, dada

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

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

En efecto, REE en su condición de OS se limita a aplicar lo dispuesto con carácter general en el citado RD-ley 17/2021. Por tanto, pretender mediante la interposición de un conflicto de gestión económica del sistema que se declare la anulación de las facturas emitidas en cumplimiento del citado mecanismo, y que además se determine la no aplicación a futuro esa normativa, es tanto como impugnar lo establecido en el propio RD-ley, que es el que se considera viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y al Derecho europeo. Es obvio que tal pretensión está vedada al objeto de un conflicto de esta naturaleza que ha de ser resuelto por un organismo público integrado en la Administración General del Estado y, por ello, sometido al principio de legalidad.

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

En consecuencia, la pretensión de los escritos del GRUPO NATURGY de acordar la declaración de no conformidad a Derecho de las facturas correctas emitidas por el operador del sistema en cumplimiento estricto de un mandato legal tiene un objeto carente de fundamento jurídico. Del mismo modo la pretensión de que esta Comisión declare la no aplicación del Real Decreto-ley.

Sentada esta conclusión y de conformidad con lo previsto en el artículo 88.5 de la Ley 39/2015 ha de procederse a la inadmisión de esta solicitud de conflicto por ser manifiestamente carente de fundamento.

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

ACUERDA

ÚNICO. Inadmitir el conflicto de gestión económica del sistema eléctrico planteado por las sociedades CORPORACION EOLICA ZARAGOZA S.L., NATURGY FUTURE, S.L., NATURGY GENERACION, S.L.U., ENERGIAS AMBIENTALES DE SOMOZAS, S.A., EXPLOTACIONES EOLICAS SIERRA DE UTRERA S.L., NATURGY RENOVABLES RURALIA S.L., SOCIETAT EOLICA L'ENDERROCADA S.A. y PARQUE EOLICO EL ALMENDRO, S.L.U., así como todas sus ampliaciones frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con las facturas emitidas en aplicación del mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de generación de electricidad regulado en el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados, a través de los datos de contacto facilitados:

NATURGY ENERGY GROUP, S.A.

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.