

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA
PLANTEADO POR EDP- ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A y EDP
COMERCIAL- COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGÍA, S.A FRENTE A
OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA- OPERADOR
DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A.
CON MOTIVO DE LA DENEGACIÓN DE RECTIFICACIÓN DE LA
LIQUIDACIÓN DE JUNIO DE 2022 EN EL MARCO DEL
MECANISMO DE AJUSTE.**

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat
D. Carlos Aguilar Paredes

Secretaria

D^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 15 de noviembre de 2024

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por EDP ESPAÑA, S.A.U., 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:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Interposición del conflicto

Mediante escrito con entrada en Registro de la CNMC el día 15 de marzo de 2023, de EDP ESPAÑA, S.A.U., en nombre de EDP- ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A y EDP COMERCIAL- COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGÍA, S.A (en adelante, EDP Portugal y EDP Comercial) se plantea conflicto de gestión económica contra la comunicación de OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA- OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A. (en adelante, OMIE) de 15 de febrero de 2023 por la que no procede a la rectificación de la liquidación de junio de 2022, en relación con el mecanismo de ajuste de costes temporal de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista.

En cuanto al escrito de EDP Portugal y EDP Comercial, ambas sociedades ponen de manifiesto los siguientes hechos que resultan relevantes, en su opinión, para la resolución del conflicto:

-El 14 de mayo de 2022 se aprobó el Decreto-Lei 33/2022, (en adelante, DL 33/2022) que regulaba en Portugal el mecanismo excepcional y temporal de ajuste de costes de producción de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de Electricidad.

-En cumplimiento de lo establecido en el mismo y en las normas e instrucciones de desarrollo, EDP Comercial, en su condición de empresa comercializadora de energía eléctrica remitió a OMIE el día 23 de mayo de 2022 la información sobre consumos exentos subyacente al Contrato de Compraventa de Energía Eléctrica suscrito entre EDP Comercial y EDP Portugal de [CONFIDENCIAL], mediante el correspondiente formato y dejando claro que era un contrato de precio fijo, celebrado entre entidades que forman parte del mismo grupo económico y que tiene como destinatario final instalaciones consumidoras con código de punto de entrega válido y activo.

-El mecanismo de ajuste excepcional de costes inició su aplicación en el mercado ibérico el día 15 de junio de 2022. Ese día el Grupo EDP, del que forman parte ambas sociedades, continuó actuando en el MIBEL como era su procedimiento habitual, es decir, utilizando la unidad de programación genérica (GEDPGC2) para colocar en el MIBEL todas las ofertas de compra del Grupo EDP, incluidas las relativas a la compra de electricidad para abastecer a los clientes de EDP Comercial en el marco del contrato bilateral.

-Sin embargo, ese mismo día se aprecia por parte de EDP Portugal y EDP Comercial que OMIE no está teniendo en cuenta la información comunicada el día 23 de mayo de 2022 en relación con los instrumentos de cobertura de EDP Comercial, que eximían el consumo de la comercializadora de la aplicación del mecanismo de ajuste.

-El jueves día 16 de junio de 2022 se produce una primera reclamación por parte de EDP Portugal.

-Al día siguiente, viernes 17 de junio de 2022, EDP Comercial se dirige a ERSE para comunicarle que, en el ámbito de aplicación del mecanismo de ajuste previsto en el DL 33/2022, los valores de declaración de exención comunicados por EDP Comercial y validados por ERSE estaban siendo desestimados por OMIE. En esta comunicación, EDP Comercial solicitó a ERSE que aclarase, en particular, con OMIE que la utilización de la unidad genérica no es obstáculo para el reconocimiento de las exenciones válidamente comunicadas y que se corrigieran los valores liquidados el día 15 de junio de 2022.

-No obstante lo anterior y de forma cautelar y sin renunciar a su derecho, a partir del domingo 19 de junio de 2022, las adquisiciones de energía a favor de EDP Comercial pasaron a realizarse bajo una unidad propia de EDP Comercial (EDPC2), considerándose desde entonces por OMIE los consumos exentos en la determinación del coste del mecanismo.

-Entre el 15 y el 18 de junio de 2022, OMIE determinó y liquidó los costes del mecanismo de ajuste considerando la totalidad de la energía adquirida por la unidad genérica de EDP, GEDPGC2, por lo que en su opinión sometió erróneamente al pago del mecanismo la totalidad de la participación en el mercado de EDP Comercial, en el ámbito del contrato bilateral, que incluía consumos exentos acogidos al DL 33/2022, según había validado previamente ERSE, de conformidad en los apartados 2 y 5 del artículo 7 del DL 33/2022 y que OMIE conocía desde el día 23 de mayo de 2022.

-En los cuatro días citados (15-18 de junio) se liquidó un importe de [CONFIDENCIAL] euros en relación con el mecanismo de ajuste, de los cuales [CONFIDENCIAL] euros correspondían a la totalidad de la cuota de mercado de EDP Comercial, que estaba exenta, por lo que se liquidaron erróneamente a EDP Portugal, obligando a un pago en exceso de dicha cantidad, cuya reliquidación se reclama en el presente conflicto.

-El lunes 20 de junio de 2022, ERSE comunica a OMIE que los valores de exención comunicados por los agentes habían sido ya validados y oportunamente remitido al propio operador del mercado. Así mismo, manifiesta que la utilización de unidades genéricas de programación o suministro, siempre dentro del grupo económico de que se trate, no puede ser obstáculo para la aplicación de las exenciones legalmente establecidas.

-Frente a ello, OMIE no procedió a la rectificación de la liquidación por lo que en fecha 12 de diciembre de 2022 se solicitó mediante carta conjunta de EDP Portugal y EDP Comercial la rectificación formal de la factura.

-Mientras tanto, el 28 de diciembre de 2022, ERSE aprobó la Instrucción 12/2022, en la que ordenaba a OMIE realizar los ajustes de liquidación necesarios para conciliar las exenciones comunicadas por los agentes y validadas por ERSE en virtud del DL 33/2022 y de la Directiva ERSE 11/2022 con los valores efectivamente liquidados.

-El 29 de diciembre de 2022, OMIE recibe dicha instrucción y responde indicando que ya se pidió en fecha 22 de junio de 2022 aclaraciones sobre los criterios a aplicar por OMIE y su justificación normativa, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones a adoptar, y sin que OMIE hubiera podido obtener hasta entonces, en relación con estas peticiones, respuesta de ERSE, por lo que para el correcto cumplimiento de la instrucción reiteraba la solicitud de aclaraciones ya formulada mediante escrito de 22 de junio de 2022.

-El 19 de enero de 2023, EDP Portugal y EDP Comercial remiten un nuevo escrito a OMIE, con conocimiento de ERSE, en el que manifiestan que la Instrucción de ERSE 12/2022, de 28 de diciembre de 2022, dirigida a OMIE proporciona el soporte legal necesario para que OMIE proceda a los ajustes de liquidación necesarios de EDP, con el fin de conciliar la información validada y aceptada por ERSE.

-El 15 de febrero de 2023, OMIE, contestando al escrito de EDP y EDP Comercial de 19 de enero de 2023, manifiesta que entiende que no dispone, a esa fecha, de base legal para llevar a cabo la rectificación de la liquidación solicitada, y remite el asunto a ERSE y a esta Comisión para su estudio, al considerar que se trata de una cuestión que excede el ámbito de actuación del operador del mercado.

-El 1 de marzo de 2023 ERSE remitió a OMIE un nuevo escrito, poniéndolo en conocimiento de EDP Portugal y EDP Comercial, en el que se reafirma en el contenido de su comunicación electrónica a OMIE de 1 de febrero de 2023, reiterando que la Instrucción 12/2022, de 28 de diciembre de 2022, contiene el entendimiento de ERSE en cuanto a los términos en que el DL 33/2022 debe aplicarse al presente caso, sin que fuera necesario ningún tipo de aclaración adicional.

-El día 7 de marzo de 2023, EDP Portugal y EDP Comercial remitieron un escrito en términos similares al de ERSE en el que además de solicitar la rectificación, solicitaron a OMIE que confirmara si el Grupo EDP podría volver a utilizar la referencia (unidad genérica) GEDPGC2 para colocar todas las ofertas del Grupo EDP en el MIBEL, incluidas las de EDP Comercial, y que las exenciones comunicadas por esta última en virtud del DL 33/2022 se tendrían en cuenta en relación con las cantidades imputables a EDP Comercial.

-No habiendo recibido contestación han optado por plantear el presente conflicto.

EDP señala que a estos hechos le son de aplicación los siguientes fundamentos jurídicos:

-Tras resumir el contenido del DL 33/2022, EDP Portugal y EDP Comercial citan el artículo 7 en sus apartados 2 y 5 sobre qué se considera exento, en particular, indican que se exime del coste los consumos derivados de contratos de suministro de energía eléctrica a precio fijo suscritos antes del 26 de abril de 2022, incluidos los contratos de suministro a precio fijo en virtud de instrumentos normativos aprobados antes de dicha fecha.

-Estas exenciones están sujetas al deber de comunicación a ERSE por parte de los agentes del mercado, siendo ERSE la responsable de la supervisión y vigilancia del mecanismo.

-EDP Comercial está sujeta al mecanismo de ajuste como comercializadora y cumplió con sus obligaciones de información tanto a ERSE como a OMIE.

-EDP Portugal también cumplió con sus obligaciones de información y hasta el día 18 de junio utilizó su referencia habitual (la unidad genérica) para actuar en el mercado, en ejecución del contrato bilateral.

-ERSE ha validado en reiteradas ocasiones desde el 20 de junio de 2022 los consumos exentos comunicados por EDP Comercial a OMIE, primero por comunicación electrónica y posteriormente mediante la Instrucción de 28 de diciembre de 2012.

-No puede ser un obstáculo para la aplicación de las exenciones la utilización de unidades genéricas de programación o suministro, siempre que se encuentren dentro del mismo grupo económico de que se trate.

Por todo ello, plantean conflicto de gestión económica frente a la decisión de OMIE, como operador del mercado, solicitando que:

Se determine que, entre el 15 y el 18 de junio de 2022, OMIE determinó el coste resultante de la diferencia entre el importe soportado por los productores de energía eléctrica y el precio límite, sin considerar los consumos exentos de la cartera de EDP Comercial, oportuna y válidamente comunicados por EDP Comercial a OMIE, y en consecuencia ordene la devolución a EDP de la cantidad de [CONFIDENCIAL] €, indebidamente abonada en relación con las órdenes emitidas entre el 15 y el 18 de junio de 2022.

Se le confirme que puede volver a utilizar la referencia (unidad genérica) GEDPGC2 para realizar ofertas de compra de energía para el grupo EDP en el MIBEL, incluida EDP Comercial, y que las exenciones comunicadas por EDP Comercial durante la vigencia del DL 33/2022 serán tenidas en cuenta en relación con las cantidades imputables a EDP Comercial.

SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 28 de marzo de 2023, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados, EDP y OMIE el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, dando plazo de diez días para que aleguen lo que estimen oportuno y aporten la documentación correspondiente.

TERCERO. Alegaciones de OMIE.

Con fecha 18 de abril de 2023 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de OMIE.

En primer lugar, indica OMIE que para los días 15 a 18 de junio de 2022, iniciada la aplicación del mecanismo de ajuste aprobado por los gobiernos español y portugués, el agente de mercado EDP Portugal, con NIF [---], realizó compras en el mercado diario con la unidad de adquisición genérica GEDPGC2, quedando su posición neta como compradora en los mercados gestionados por OMIE. Toda vez que esta entidad no había remitido ninguna declaración de energías exentas del pago del coste del ajuste, OMIE practicó a EDP Portugal la liquidación del mecanismo de ajuste por su posición neta compradora de dichos días en los mercados diario e intradiario.

Por su parte, el agente de mercado EDP Comercial, con NIF [---], remitió declaración de energías exentas a OMIE con fecha 23 de mayo de 2022. Sin embargo, esta entidad no realizó compras en los mercados diario e intradiarios gestionados por el operador del mercado para los días 15 a 18 de junio de 2022 y por lo tanto sus unidades de oferta no tenían saldo neto comprador en los mercados gestionados por OMIE. Siendo ello debido a que esta entidad adquiere esos días su energía exclusivamente a través de la ejecución de un contrato bilateral. Por esta razón, EDP Comercial no presentaba liquidación del mecanismo de ajuste en OMIE.

El jueves 16 de junio de 2022 se recibe una primera reclamación por parte de EDP Portugal, a la cual se respondió, el lunes 20 de junio de 2022 indicando que se había liquidado a este agente por su posición neta de la unidad GEDPC2 en los mercados gestionados por OMIE, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2, 5 y 6 del DL 33/2022.

Ese mismo día se publica por parte de ERSE la *Instrução nº 5 de operacionalização do Mecanismo Excepcional de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, na zona de preço portuguesa do MIBEL* (en adelante Instrucción nº 5) en la que se establece “que el operador del mercado practicará las liquidaciones a los titulares de unidades de adquisición de la zona portuguesa en base a la posición neta de éstas en los mercados diario e intradiario (sin considerar la energía declarada en contratos bilaterales) y considerando las energías exentas comunicadas por los titulares de dichas unidades en plazo”.

Desde el 19 de junio de 2022, el agente EDP Comercial varió el rango de sus actuaciones en el mercado y empezó a comprar directamente en los mercados diario e intradiarios la energía para sus clientes utilizando su propia unidad de adquisición (EDPC2). Desde ese día, OMIE le repercutió en su liquidación, el coste del mecanismo de ajuste, considerando las energías exentas declaradas por la propia EDP Comercial.

El mismo día 20 de junio de 2022, ERSE remite carta en la que señala que el agente comercializador (EDP Comercial) está integrado en un agente verticalizado y que las exenciones han sido validadas por ERSE, sin que el uso de unidades de programación o de oferta genéricas, dentro de un único grupo económico, pueda ser un obstáculo en la aplicación de las exenciones legalmente previstas.

En fecha 22 de junio de 2022, y en respuesta a la anterior comunicación, OMIE solicita aclaraciones a ERSE respecto a la forma de liquidar las exenciones declaradas por EDP Comercial y cuál era la fundamentación jurídica para ello. Esta carta no recibió respuesta por parte de ERSE.

El 31 de agosto de 2022, EDP Portugal se dirigió a OMIE para consultarle acerca de la liquidación del mecanismo de ajuste por las operaciones realizadas mediante contratos bilaterales para la fecha 15 de junio de 2022. OMIE contesta el día 7 de septiembre de 2022 indicando a EDP Portugal, que no es atribución del Operador del Mercado realizar la liquidación de los contratos bilaterales de las unidades portuguesas.

El 27 de diciembre de 2022, EDP Portugal y EDP Comercial remiten carta conjunta en la que consideran que la actuación de OMIE es contraria a derecho y reclaman la corrección de la liquidación del mecanismo de ajuste para los días comprendidos entre el 15 y el 18 de junio de 2022. El 29 de diciembre de 2022, OMIE responde en términos similares a como lo había hecho el día 22 de junio.

El 4 de enero de 2023 OMIE recibió comunicación de ERSE informando de la publicación de la *Instrução nº 12/2022, de operacionalização do Mecanismo Excecional de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, na zona de preço portuguesa do MIBEL*. (en adelante Instrucción nº12).

El 20 de enero de 2023, se remite por OMIE comunicación a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el punto 3 de la citada Instrucción nº 12 y en relación al punto 2 de dicha Instrucción nº 12, tras reiterar su forma de operar, liquidando por unidades y en atención a la posición neta en los mercados diarios e intradiarios y considerando las energías exentas comunicadas por los agentes en plazo, requiere que se le dé indicación de los supuestos específicos en los que ERSE consideraría necesario, en su caso, realizar los ajustes en las liquidaciones practicadas, así como el fundamento de las mismas y las fechas y periodos de liquidación a revisar.

El 26 de enero de 2023, EDP Portugal y EDP Comercial insisten en su reclamación, poniendo de manifiesto que la Instrucción nº 12 aporta el marco legal necesario para la refacturación. Esta reclamación es objeto de contestación el día 15 de febrero de 2023 en términos similares a los ya conocidos, es decir, la falta de cobertura jurídica para atender a lo solicitado. Frente a dicha denegación se plantea el presente conflicto de gestión económica.

El 1 de febrero de 2023 OMIE recibe comunicación de ERSE de la que “parecería deducirse” que ésta insta a OMIE a practicar la reliquidación o a exponer los motivos que impedirían la misma. Tras esta carta, el día 7 de febrero de 2023, OMIE da traslado a ERSE y CNMC del problema surgido y de la repercusión de una posible reliquidación.

El 1 de marzo de 2023, ERSE reitera el cumplimiento de su instrucción.

El 7 de marzo de 2023, EDP Portugal y EDP Comercial reiteran su reclamación.

A estos hechos le son de aplicación los siguientes fundamentos jurídicos:

En primer lugar, sostiene OMIE que, según las Reglas de funcionamiento de mercado vigentes al tiempo de los indicados hechos “cada agente del mercado tendrá un único NIF, y cada NIF corresponderá a un único agente de mercado”. Siendo EDP Portugal el titular de la unidad de oferta GEDPGC2 es dicho agente y no otro al que hay que liquidar.

EDP Portugal y EDP Comercial pretenden, por el contrario, que dichas liquidaciones se practiquen a un titular distinto -EDP Comercial- que fue quien efectivamente comunicó las exenciones oportunas a efectos del mecanismo de ajuste. Esta forma de liquidar entiende OMIE es contraria a las indicadas reglas de funcionamiento del mercado, así como a la normativa portuguesa en vigor, sin que el concepto utilizado por los reclamantes de “agente verticalmente integrado” tenga encaje, ni desde el punto de vista normativo, ni desde el punto de vista operativo. OMIE, en tanto que operador del mercado, desconoce cuál es la definición legal de este concepto, así como los requisitos normativos que permitirían aplicar este concepto, no solo a EDP Portugal y EDP-Comercial, sino a cualquier otro agente, o grupo de agentes, que quisiera invocar esta figura.

Además, OMIE recuerda que EDP Portugal y EDP-Comercial son desde la perspectiva de la operación del mercado agentes separados que realizan operaciones en el mercado de manera diferenciada, sin existir ningún tipo de relación de representación entre ellos y disponiendo de certificados digitales de acceso y unidades propias, lo que resulta lógico toda vez que la figura del agente verticalmente integrado no tiene ningún reconocimiento en las Reglas del mercado. En consecuencia, la afirmación de que EDP Portugal participa como agente de mercado en representación de otros agentes del grupo EDP (como grupo económico integrado verticalmente) y en particular de EDP Comercial, no tiene virtualidad real en la operativa del mercado dado la inexistencia de dicha figura.

OMIE considera que tampoco la normativa portuguesa establece que las energías exentas declaradas por un agente de mercado ante el operador del mercado puedan ser asignadas a efectos de la liquidación a unidades de adquisición titularidad de otros agentes, ni siquiera en el caso de agentes que pudieran formar parte del mismo grupo verticalmente integrado. Cita la normativa portuguesa de aplicación en los términos ya indicados en su comunicación a ERSE de 22 de junio de 2022, en particular los artículos 2, 5, y 6 del DL 33/2022 y la Instrucción número 5.

Finaliza su escrito, OMIE indicando que no ha podido dar cumplimiento a los requerimientos emitidos por ERSE en atención a las dificultades jurídicas y económicas ya indicadas y puestas de manifiesto en reiteradas ocasiones, como se aporta en la documentación que acompaña las alegaciones.

CUARTO. Primer trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de fecha de 4 de julio de 2023 de la Directora de Energía, se otorgó a los interesados plazo de alegaciones para que pudieran examinar el expediente, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

En fecha 3 de agosto de 2023 tuvo entrada escrito conjunto de EDP Portugal y EDP Comercial en el que, en síntesis, se alega lo siguiente:

En relación con el concepto de empresa integrada verticalmente el mismo es de plena aplicación en la normativa portuguesa. De entrada, es definido en el artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/944, de 5 de junio de 2019, normativa transpuesta al derecho portugués por el Decreto Ley nº 15/2022, de 14 de enero, por el que se establece la organización y el funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional portugués.

El propio DL 33/2022 en su artículo 9 también hace mención a dicho concepto pues justamente a efectos de la exención aquí debatida señala que los "*comercializadores de empresas integradas verticalmente*" deberán comunicar al operador del mercado la información sobre los volúmenes de energía exentos del mecanismo de ajuste. En el mismo sentido se expresa la Directiva ERSE 11/2022 sobre las obligaciones de información y la nota técnica para la aplicación de la Directiva.

A la vista de ello, OMIE debe considerar exentos los consumos declarados por los proveedores de las empresas integradas verticalmente como es el caso de EDP Portugal y EDP Comercial.

Reconocen EDP Portugal y EDP Comercial que la obligación de información solo podía ser cumplida por EDP Comercial por no pertenecer EDP Portugal a ninguna de las categorías enumeradas en el artículo 2 de la Directiva ERSE 11/2022.

Pero, EDP Portugal y EDP Comercial indican que justamente el hecho de que nos encontremos ante una "empresa verticalmente integrada" y que la adquisición de electricidad por EDP Comercial se realice a través del citado contrato bilateral intragrupo celebrado en Portugal es lo que justificó la puesta en marcha, en coordinación y con el aval de OMIE, de un procedimiento consistente en la utilización de unidades de programación genéricas que garantizan que los resultados del mercado, tras la casación de las ofertas del mercado diario, sean plenamente equilibrados y que no haya consumos que no estén asegurados por activos de generación. Por tanto, considerando también el procedimiento definido para la participación en el mercado de EDP Portugal y EDP Comercial,

OMIE no puede alegar desconocer el concepto de "empresa integrada verticalmente".

En todo caso, y con independencia de lo anterior, los consumos exentos debidamente comunicados por EDP Comercial a OMIE siempre deberían haber sido objeto de liquidación, puesto que la utilización de una unidad genérica de programación o suministro no puede ser un obstáculo para tener en cuenta dicha exención.

De forma concreta, EDP Portugal y EDP Comercial citan lo indicado por ERSE en las sucesivas comunicaciones e instrucciones en las que se ha insistido en que *"dadas las características de la información realizada por los agentes verticalizados, su operativa en el mercado mayorista, concretamente en los contratos spot realizados en la plataforma gestionada y operada por OMIE, no puede prescindirse de la naturaleza del agente verticalizado de que se trate, lo que el marco legal admite, siendo dicha actuación y la consideración de exenciones independientes de la naturaleza de la unidad de programación utilizada por el agente para la intervención en el mercado, siempre que dicha unidad sea titularidad del mismo agente verticalizado"*, concluyendo ERSE que *"los valores imputados a la "unidad genérica" y a la unidad utilizada exclusivamente por EDP Comercial para las compras en el mercado intradiario, se corresponden con los valores de la programación final utilizada por REN - Rede Eléctrica Nacional, S.A. no se identifica razón alguna "para excluir la imputación de las compras de la "unidad genérica" exclusivamente a EDP Comercial"*.

EDP Portugal y EDP Comercial recuerdan que ERSE es la entidad encargada de supervisar, fiscalizar y regular el mecanismo de ajuste establecido el DL 33/2022 y que, dada su naturaleza administrativa, las instrucciones dictadas tienen condición de acto administrativo y deben cumplirse por parte de OMIE. La actuación de OMIE condujo a que una energía declarada exenta por parte de ERSE y válidamente comunicada por EDP Comercial quedara indebidamente sujeta al mecanismo de ajuste previsto en el Decreto-ley 33/2022, lo que dio lugar a un pago en exceso de [CONFIDENCIAL] euros.

En cuanto a la interpretación que realiza OMIE de la Instrucción número 5, EDP Portugal y EDP Comercial consideran que carece de fundamento.

En su opinión, OMIE se centra en el apartado 1 de esta Instrucción, que establece que *"A los efectos de determinar la energía sujeta al pago del mecanismo de ajuste de los costes de producción de energía eléctrica por las unidades de adquisición de la zona tarifaria portuguesa, se tiene en cuenta únicamente la posición neta de adquisición de las unidades de adquisición que*

participan únicamente en los mercados gestionados por el operador del mercado eléctrico designado, no considerándose la ejecución de volúmenes en contratos bilaterales", pero olvida la mención que el contenido del apartado 4 de dicha Instrucción, le atribuye la facultad de considerar los casos en los que un mismo Agente del Mercado tenga varias unidades de programación con contratos bilaterales, indicando así que estos instrumentos contractuales no quedan fuera del ámbito de valoración de OMIE.

Finaliza su escrito reiterando lo ya solicitado en su escrito inicial y añadiendo ahora mediante otrosí el recibimiento del pleito a prueba, concretamente para solicitar previo informe de la ERSE que interprete el DL 33/2022 y el resto de cuestiones de derecho portugués planteadas en el presente expediente.

Dicha solicitud de prueba se denegó por parte de la CNMC mediante acuerdo notificado a EDP con fecha 22 de septiembre de 2023.

Ampliamente transcurrido el plazo de alegaciones no se ha recibido escrito alguno de OMIE en el trámite de audiencia.

QUINTO.- Informe de la ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS (ERSE)

Mediante escrito de la Directora de Energía de 22 de abril de 2024 se procedió a dar traslado de las actuaciones practicadas, así como del expediente completo, a ERSE para que emitiera informe o aportara la información y documentación que estimara oportuna sobre el objeto del conflicto.

En fecha 27 de mayo de 2024 tuvo entrada el Informe de ERSE sobre el objeto del conflicto. En lo que aquí interesa señala:

-Tras indicar la normativa portuguesa de aplicación, ERSE indica que la Nota Técnica de Execução explicita la legitimidad legal del reporte de exenciones por parte de agentes verticalizados.

-En dicha Nota no se aclara, por entenderse que no era necesario, el tratamiento a efectuar en estos casos de las unidades de negociación porque tal aclaración no fue solicitada ni por OMIE ni por ningún otro agente.

-Del hecho de que las coberturas intragrupo no puedan considerarse de modo análogo a otras coberturas se deriva que sea indiferente quién reporta las posibles exenciones y quién es el beneficiario final, es decir, la legitimación para reportar es independiente de las unidades que, instrumentalmente, se utilicen

para operar en el mercado. Por ello, la normativa portuguesa distingue entre causas de las exenciones a efectos del reporte.

-En este sentido, tras la remisión por parte de REN y OMIE de las exenciones reportadas, ERSE verificó la propia condición de agente verticalizado y el concepto de último beneficiario. No todas resultaron favorables, requiriendo información complementaria en ocho de ellas. Para las restantes, ERSE remitió a OMIE su verificación el día 9 de junio de 2022, sin que OMIE requiriera ninguna aclaración. Entre ellas las de EDP Portugal y EDP Comercial objeto del presente conflicto.

-Recuerda ERSE que remitió el día 20 de junio de 2022 correo a OMIE y REN en el que insistía en el reconocimiento de las exenciones y, en particular, en que había tenido en cuenta los efectos de continuidad operacional ya que el agente de mercado venía utilizando siempre antes del 14 de junio de 2022 la unidad genérica de compra "GEDPGC2" para la adquisición de los volúmenes afectos al suministro minorista. (folio 72 del expediente), sin que ello pudiera ser un obstáculo para el reconocimiento de la exención. Además, la supuesta discrepancia entre titular del informe y unidad de actuación en el mercado no fue problema en otros casos.

-ERSE señala también que es el único legitimado para determinar las exenciones aplicables en el mecanismo de ajuste en zona portuguesa.

-Concluye considerando que OMIE no ha tenido en cuenta la aplicación de la normativa portuguesa efectuada por ERSE, desconociendo así por la vía de hecho las exenciones reconocidas por ERSE para cuyo reconocimiento se había ponderado la condición de agente verticalizado y la continuidad en la operación. Esta actuación de OMIE es discriminatoria y se realizó sin haberla notificado al agente ni haber indicado cuál era la habilitación legal que tenía para ello.

SEXTO.- Segundo trámite de audiencia.

A la vista del informe emitido por ERSE y una vez revisada la confidencialidad de la documentación aportada, mediante escritos de fecha de 5 de septiembre de 2024 de la Directora de Energía, se otorgó a los interesados plazo de alegaciones para que pudieran examinar el expediente, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

En fecha 20 de septiembre de 2024 tuvo entrada escrito conjunto de EDP Portugal y EDP Comercial en el que, en síntesis, alega lo siguiente:

-ERSE confirma que no hay obstáculo legal para la estimación del presente conflicto, reconociendo que en el caso de agentes verticalizados se ha operado de forma similar en otros casos anteriores, es decir, atendiendo a quién es el beneficiario final y sin importar la unidad que instrumentalmente se utilice en el mercado.

-En cuanto a la alegada imposibilidad de corrección, consideran EDP Portugal y EDP Comercial que la misma podía haberse solucionado- como sucedió con otro agente- mientras el mecanismo de ajuste estaba en marcha, siendo ahora la responsabilidad de OMIE.

-Finalmente alega que, a la vista de la información remitida, la desestimación del presente conflicto supondría un claro caso de trato discriminatorio.

En idéntica fecha se recibe escrito de OMI-Polo Español, S.A., (OMIE) en el que, en síntesis, alegan:

-ERSE no ha hecho referencia a la *“Instrução núm 5 de operacionalização do Mecanismo Excepcional de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 20 de junho, según la cual “el operador del mercado practicará las liquidaciones a los titulares de unidades de adquisición de la zona portuguesa en base a la posición neta de éstas en los mercados diario e intradiario (sin considerar la energía declarada en contratos bilaterales) y considerando las energías exentas comunicadas por los titulares de dichas unidades en plazo”.*

Así mismo establece en sus apartados 3 y 4 que en el caso de un agente de mercado que tenga varias unidades de adquisición, el volumen de energía exenta declarado por dicho agente se repartirá entre sus unidades en proporción a la posición neta compradora de éstas en los mercados diario e intradiario, lo que supone que no se permite que energías exentas declaradas por un agente sean utilizadas en las liquidaciones de otros agentes, pertenezcan o no a un determinado grupo verticalmente integrado. Esta regulación es coherente con las reglas de funcionamiento del mercado.

Mientras tales reglas no se modifiquen por las vías apropiadas, OMIE ha de aplicarlas. Por ello, siendo EDP Portugal el agente titular de unidades de adquisición con posición neta compradora en los mercados diario e intradiarios, para poder reconocer las energías exentas en la liquidación tendría que haber sido el agente EDP Portugal quien hubiese realizado la declaración de energías exentas bajo su titularidad. Sin embargo, fue EDP Comercial el que hizo la declaración.

En aplicación de la *Instrução núm 5*, toda exención exige que el declarante sea titular de la unidad de adquisición sin excepción alguna por lo que la afirmación de ERSE para el caso de los agentes verticalizados en el sentido de que la legitimación del reporte es independiente de la identificación de las unidades que utilicen en el mercado, va en contra de lo que la propia ERSE publicó a todos los agentes en la *Instrução* anteriormente mencionada.

Por otra parte, insiste en que la figura de la empresa verticalmente integrada no tiene acomodo normativo alguno, ni en el ámbito de las Reglas del mercado, ni en el mecanismo excepcional de ajuste que nos ocupa y por tanto su utilización debe ser rechazada, so pena de afectar al debido trato igualitario entre todos los agentes del mercado. EDP Portugal y EDP Comercial son a todos los efectos agentes separados en el mercado, sin existir ningún tipo de relación de representación entre ellos y disponiendo de certificados digitales de acceso y unidades propias.

Tampoco se puede admitir que se haya dado trato de favor a otros agentes. Bien al contrario, en otras empresas el declarante final de la exención y el titular de la unidad de adquisición es el mismo por lo que se está ante un caso diferente.

En el otro caso mencionado, hubo un error al considerar la unidad de oferta de la empresa como exenta. Detectado el error, se procedió a su rectificación que supuso, al contrario que en el caso presente, que la empresa presuntamente beneficiada tuvo que pagar una cantidad superior.

Finaliza solicitando la desestimación del presente conflicto de gestión.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflicto de gestión económica del sistema.

Del relato fáctico que se ha realizado en los antecedentes de hecho, se deduce claramente la naturaleza del presente conflicto como de gestión económica del mercado eléctrico, pues se discute la liquidación de junio de 2022 efectuada por OMIE en cumplimiento de la normativa sobre el mecanismo de ajuste. Esta naturaleza no ha sido objeto de debate por ningún interesado y ha sido reconocida expresamente por EDP Portugal y EDP Comercial al plantear el presente conflicto.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente Resolución se dicta en el marco de la función de resolución de conflictos relativos a la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, atribuida a la CNMC por el artículo 12.1 b) 2º de la Ley 3/2013.

En sentido coincidente, el artículo 29.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013) dispone que *«Contra las actuaciones adoptadas por el operador del mercado en el ejercicio de sus funciones podrá interponerse conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia»*.

Asimismo, según el artículo 4.1 del Convenio internacional relativo a la constitución de un mercado ibérico de la energía eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004, *“el Operador del Mercado Ibérico estará constituido por dos sociedades gestoras de mercado, una con sede en España, OMI- Polo Español (OMIE), y otra con sede en Portugal, OMI-Polo Portugués (OMIP)”*, de tal modo que *“OMIP actuará como sociedad gestora del mercado a plazo y OMIE como sociedad gestora del mercado diario”*. De acuerdo con el artículo 10.2 de este Convenio internacional *“La supervisión de los mercados definidos en el MIBEL se realizará por las entidades de supervisión de la Parte en la que éstos se constituyan, de acuerdo con la legislación de cada Parte en esta materia”*.

Por otro lado, respecto al órgano instructor, de conformidad con lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 3/2013, corresponde a la Directora de Energía la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 12.1.b). Según lo dispuesto en el artículo 23.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), corresponde a la Dirección de Energía, en cuanto órgano de instrucción de expedientes, elevar al Consejo las propuestas de Resolución de conflictos en los mercados de la electricidad y gas, de acuerdo con lo previsto en el ya citado artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar la Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de su Estatuto Orgánico.

TERCERO. Sobre los hechos relevantes para la resolución del presente conflicto.

Los hechos relevantes para la Resolución del presente conflicto son los siguientes:

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 7.8 del DL 33/2022, EDP Comercial el día 23 de mayo de 2022, en su condición de comercializadora de

energía eléctrica en régimen de mercado, remitió a OMIE la información sobre el Contrato de Compraventa de Energía Eléctrica suscrito entre EDP Comercial y EDP Portugal, [CONFIDENCIAL]. Se trataba de un contrato bilateral, de precio fijo celebrado antes del 26 de abril de 2022, por tanto, objeto de exención. En la declaración efectuada por EDP Comercial se indican los volúmenes totales y los exentos durante la aplicación del mecanismo de ajuste.

El 15 de junio de 2022 entró en vigor el mecanismo de ajuste de costes en el mercado ibérico.

Ese día, EDP Comercial no realizó compras en los mercados diario e intradiarios gestionados por el operador del mercado y por lo tanto sus unidades de compra (EDPC2) quedaron sin saldo neto comprador en los mercados gestionados por OMIE. Por ello, OMIE no realizó liquidación del mecanismo de ajuste.

Ese mismo día, EDP Portugal realizó compras en el mercado diario con la unidad de programación genérica GEDPGC2 quedando su posición neta como compradora en los mercados gestionados por OMIE. Toda vez que esta entidad no había remitido ninguna declaración de energías exentas del pago del coste del ajuste, OMIE practicó a EDP Portugal la liquidación del mecanismo de ajuste por su posición neta compradora en dicho día en los mercados diario e intradiario.

El 16 de junio de 2022, EDP Portugal se dirige a OMIE para reclamar la liquidación del día anterior. En dicha reclamación se indica literalmente que: *los costes (totales sin energía exenta) del mecanismo de ajuste están vinculados a la unidad genérica GEDPC2 de EDPGP y no a nuestra comercializadora. Esta unidad después del bilateral termina con una energía neta de cero. EDP Comercial es la empresa que tiene la información de clientes y su energía exenta. Desde nuestro punto de vista, no tiene sentido este coste en EDPGP.*

El 20 de junio de 2022 OMIE contesta al anterior correo simplemente indicando que: *“La liquidación se ha realizado al agente EDPGP por su posición neta de la unidad GEDPC2 en los mercados gestionados por OMIE, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2, 5, y 6 del Decreto-Ley 33/2022”.*

El mismo día 20 de junio de 2022, se publica la *Instrução número 5* dictada por ERSE.

El día anterior, 19 de junio de 2022, EDP Comercial empezó a comprar directamente en los mercados diario e intradiarios la energía para sus clientes utilizando su propia unidad de adquisición (EDPC2). Desde ese día, OMIE le repercutió en su liquidación, el coste del mecanismo de ajuste, considerando las energías exentas declaradas por la propia EDP Comercial.

Esta forma de operar en el mercado y la correspondiente liquidación realizada por OMIE generó entre los días 15 y 18 de junio ambos inclusive, liquidaciones contra EDP Portugal por la cantidad de [CONFIDENCIAL] €, según indica EDP.

Desde el día 20 de junio de 2022 hasta el 7 de marzo se han producido una serie de cartas y comunicaciones electrónicas entre OMIE, EDP (Portugal y Comercial) y ERSE en las que expresan las razones de su discrepancia y los motivos jurídicos que las sustentan en los términos indicados en los antecedentes de hecho.

CUARTO. Sobre el objeto del presente conflicto.

El objeto del presente conflicto se circunscribe a si el operador del mercado (OMIE) liquidó de forma correcta en los días 15 a 18 de junio de 2022 los costes del mecanismo de ajuste establecido en el DL 33/2022 para las unidades de oferta de las entidades EDP Portugal y EDP Comercial, teniendo en cuenta la energía exenta en el marco del contrato bilateral entre estas dos sociedades, notificada el día 23 de mayo de 2022.

No existe discrepancia y, por tanto, no es objeto del presente conflicto de gestión si la exención de los consumos que había declarado EDP Comercial a OMIE, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 5 del artículo 7 DL 33/2022 era o no correcta. OMIE no ha puesto en duda tal declaración, validada por ERSE, como pone de manifiesto que a partir del día 19 de junio de 2022, la tuvo en cuenta para la liquidación de la unidad de oferta propia de EDP Comercial.

Tampoco es objeto de discrepancia el hecho de que los consumos exentos fueron notificados a OMIE -la notificación la realizó EDP Comercial en su condición de comercializador.

No hay discrepancia en cuanto a la cantidad facturada.

En ningún caso es objeto del presente conflicto las actuaciones realizadas respecto a otros agentes del mercado por OMIE a las que hace referencia el informe de ERSE o el escrito final de EDP Portugal y EDP Comercial. Los hechos son diferentes a los del presente conflicto por lo que no puede afirmarse que exista un trato discriminatorio y además resultan ajenos a la discrepancia suscitada entre EDP Portugal, EDP Comercial y OMIE.

Por consiguiente, el objeto del conflicto se limita exclusivamente, como ya apuntaron tanto EDP en su primera reclamación de 16 de junio de 2022 como OMIE en su carta de 22 de junio de 2022 a si es posible jurídicamente aplicar la exención declarada por un comercializador a la liquidación de una unidad de la

que no es titular, por el hecho de pertenecer a un grupo de empresas verticalmente integrado.

QUINTO. Sobre la necesaria relación entre la titularidad de las unidades de programación y el agente que declara la exención en el mercado de ajuste.

Centrado así el objeto del conflicto en el debate sobre si es jurídicamente posible que las exenciones declaradas en el marco del mecanismo de ajuste por un concreto comercializador puedan liquidarse en unidades de programación de la que no es titular, cuando ambos están integrados en un grupo de empresas verticalmente integrado hay que indicar, en primer lugar, que EDP Portugal, EDP Comercial y OMIE no discrepan en el hecho de que fue la comercializadora EDP Comercial la que declaró la exención derivada del contrato bilateral a precio fijo anterior a 26 de abril de 2022 y que durante los primeros cuatro días de aplicación del mecanismo de ajuste, no tuvo una posición neta compradora en sus unidades propias.

Es el hecho de que no coincidiera -hasta el cambio de operativa de EDP Comercial el día 19 de junio de 2022- el titular de la unidad que opera en los mercados gestionados por OMIE y el declarante (beneficiario) de la exención lo que constituye la causa del presente conflicto, pues OMIE, mientras se dio esta circunstancia, no aplicó la exención a los volúmenes de energía, pero lo comenzó a realizar en cuanto se produjo la citada coincidencia.

OMIE alega en apoyo de su actuación fundamentalmente que EDP Portugal y EDP Comercial son dos agentes del mercado diferenciados y titulares de sus respectivas unidades, sin que exista un concepto normativo de “agente verticalmente integrado” que sea aplicable a las liquidaciones de unidades de programación de distintos titulares, aun cuando formen parte de una empresa verticalmente integrada. Por ello, la liquidación de los pagos del mecanismo de ajuste de costes se realiza en atención a la posición neta compradora de cada unidad y a las declaraciones efectuadas por los respectivos titulares de la mismas.

Por el contrario, EDP alega que, en tanto que la normativa europea y portuguesa reconocen la existencia de “empresas verticalmente integradas” y que EDP Portugal y EDP Comercial lo son, la titularidad de las unidades de oferta no puede ser un obstáculo para la aplicación de la exención reconocida al comercializador, más cuando se trata de un contrato bilateral intragrupo.

Aunque es evidente que EDP (Portugal y Comercial) son dos empresas diferentes que están integradas en un grupo empresarial verticalmente integrado, no es menos cierto que OMIE tiene razón cuando afirma que, a los efectos del mercado y particularmente de la liquidación, que es el ámbito del

presente conflicto, no existe regla especial por el hecho de que exista la integración vertical. Con ello, pone de manifiesto que, que en el marco del funcionamiento del mercado el hecho de que sean sociedades mercantiles con personalidad jurídica diferenciada hace que se consideren agentes del mercado distintos, titulares de sus unidades propias y que, por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta en su liquidación las actuaciones de unidades de las que no son titulares, ni siquiera cuando exista integración vertical como es el caso.

Esta conclusión, aun siendo relevante, no es suficiente para la resolución del conflicto puesto que la normativa que establece el mecanismo de ajuste podría haber establecido algún tipo de disposición para dar un tratamiento especial desde la operativa del mercado a efectos de la liquidación del mecanismo de ajuste de los contratos bilaterales intragrupo.

Revisada la normativa del mecanismo de ajuste, tampoco se encuentra ninguna disposición que permita sostener que las exenciones declaradas y reconocidas a los comercializadores de un grupo verticalmente integrado puedan ser liquidables en unidades de las que no son titulares, ni siquiera cuando dichas unidades sean titularidad de otra empresa del mismo grupo verticalmente integrado.

A mayor abundamiento cabe destacar que en ninguno de los múltiples escritos de EDP (Portugal y Comercial y conjuntos) se menciona ni una sola disposición normativa que justifique su interpretación, es decir, que ponga en duda la actuación de OMIE, centrando su justificación en que el hecho de que EDP Comercial no fuera titular de la unidad genérica de programación no puede ser un obstáculo para la aplicación de la exención reconocida por ERSE.

A este respecto, las reglas de funcionamiento del mercado son claras, al establecer (regla 54^a de la versión de las reglas vigente al tiempo de los hechos) que *“La facturación se realizará a los agentes que participen en los mercados diario e intradiarios para el conjunto de unidades de producción y adquisición de las que sean titulares, considerando su porcentaje de participación, y por el conjunto de unidades no de su titularidad, pero a las que representan en nombre propio y por cuenta ajena”*. En este sentido, y teniendo en cuenta lo establecido en la regla 4^a (*“cada agente del mercado tendrá un único NIF, y cada NIF corresponderá a un único agente de mercado”*), así como el hecho de que EDP Portugal y EDP Comercial tengan distintos NIF, OMIE debe practicar la liquidación al correspondiente titular de cada unidad de oferta.

Por ello, ha de concluirse que OMIE actuó conforme a Derecho, en particular, conforme a las reglas de funcionamiento del mercado y a la normativa que establece la cuantía a liquidar, así como la forma de liquidar el mecanismo de ajuste por lo que debe desestimarse el conflicto, y que no hay base normativa,

por tanto, para proceder a la reliquidación solicitada por EDP Portugal y EDP Comercial en tanto que supone la asignación de la exención reconocida a una unidad titularidad de una persona jurídica diferenciada.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de gestión económica presentado por EDP ESPAÑA, S.A.U en nombre y representación de EDP- ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A y EDP COMERCIAL- COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGÍA, S.A contra la comunicación de OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA- OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A. de 15 de febrero de 2023 por la que no procede a la rectificación de la liquidación de junio de 2022, en relación con el mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados:

EDP ESPAÑA, S.A.U.

OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA- OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE)

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.