



INFORME Nº 14/2014, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 LGUM (Expte ...)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2014 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado un escrito formulado por el director gerente de la empresa (...) aportando información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (obstáculos o barreras a la unidad de mercado detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios). Dicho escrito ha sido remitido por correo electrónico el mismo día a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su escrito el informante manifiesta que la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación de gestión de la demanda de interrumpibilidad y los mecanismos de asignación del servicio mediante subasta, diseñados en aplicación de esa norma infringen frontalmente la LGUM. Desde su perspectiva, “se conculca, en particular, el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que recoge su artículo 5. Los requisitos impuestos se interponen como un obstáculo infranqueable al acceso y ejercicio del servicio de la interrumpibilidad para los operadores que venían desarrollándolo. Y ello, en contra de las cautelas que exige el artículo 9 de la LGUM a las autoridades competentes, en garantía de las libertades de los operadores económicos”.

2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

1. El informante pone de relieve que el servicio de interrumpibilidad es un mecanismo regulatorio, según el cual las industrias españolas que mayor electricidad consumen son retribuidas, a cambio de su disposición a desconectarse de la red ante cualquier incidente que ponga en peligro el suministro eléctrico nacional. El servicio se activa en respuesta a la orden de reducción de potencia que dé Red Eléctrica de España.

2. El operador refiere que una orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo regula desde noviembre de 2013 las nuevas condiciones de interrupción del suministro eléctrico en situaciones de emergencia. Esa orden cambia las reglas del juego preexistentes.

Asimismo, señala que el sistema vigente hasta noviembre de 2013 permitía a las empresas electrointensivas firmar un contrato con Red Eléctrica Española que les garantizaba de antemano un descuento en la facturación anual futura por megawatio/hora (MWh) consumido, según una forma reglada que tenía en cuenta el esfuerzo comprometido por esas industrias y el precio de referencia del MWh.

3. En el escrito del informante se describen las principales novedades introducidas por la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en la regulación del



nuevo mecanismo de asignación del servicio de interrumpibilidad, que altera sustancialmente los requisitos para participar como proveedor de potencia interrumpible, el procedimiento de asignación a las empresas y el régimen retributivo. Estas son:

A partir de ahora, Red Eléctrica de España gestionará un sistema de subastas de la 'interrumpibilidad', para que las compañías puedan ofrecer la potencia que tienen contratada. Ello significa que la retribución se fijará en la subasta en función de la demanda de fluido que efectúe Red Eléctrica Española y la oferta de las empresas que pujen por prestar el servicio.

Con la Orden IET/2013/2013, las instrucciones de interrupción de suministro que dé Red Eléctrica Española podrán obedecer no solo a una situación de emergencia. En adelante, podrán ser transmitidas también por motivos económicos; es decir, cuando su aplicación genere menos costes que otros servicios de ajuste del sistema eléctrico español.

El operador considera que esta circunstancia perjudica a los actuales proveedores de interrumpibilidad, que han hecho fuertes inversiones en sus instalaciones para prestar el servicio, alentados por la normativa hasta ahora vigente.

4. La empresa (...) considera que el mecanismo regulatorio previsto en la Orden IET/2013/2013 y sus normas de desarrollo consagra las diferencias de trato entre dos tipos de empresas en función del producto que subasten, con grave perjuicio para los 151 operadores que han venido prestando en condiciones de igualdad el servicio de interrumpibilidad hasta ahora. Y aporta distintos informes para avalar los daños que la nueva regulación ocasionará a las industrias españolas acogidas al sistema de 'interrumpibilidad'; entre ellos, el que redactó la Comisión Nacional de Energía, actualmente integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al examinar el borrador de la Orden IET/2013/2013. Ese informe pone de relieve que el sistema de subastas ideado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (con pujas diferentes para los eventuales proveedores de 5MW y 90MW; es decir, de pequeña y gran potencia contratada) limitará el número de participantes que pueden concurrir a ella, con la consiguiente merma de la presión competitiva.

La Comisión Nacional de Energía también halló un trato discriminatorio en los requisitos exigidos para acreditar la habilitación y la efectiva prestación del servicio; más severos para las industrias electrointensivas de pequeña potencia contratada (5MW) que para las de gran potencia (90MW) y evidenció parecidas discriminaciones en el sistema de penalización por incumplimiento de la 'interrumpibilidad', que consideró más restrictivo para los proveedores del producto de 5MW que el establecido para los de 90MW.

A principios de 2014, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo elaboró la orden que revisaba los peajes de acceso de energía eléctrica (Orden IET/107/2014, de 31 de enero). Ese texto normativo modificó en su disposición final primera algunos de los requisitos exigidos en la subasta para ser proveedor de 'interrumpibilidad'; si bien con un alcance limitado. Según el operador, persiste la mayoría de las restricciones objetadas por las industrias electrointensivas.

5. El análisis desde el punto de vista de la unidad de mercado que efectúa la empresa (...) es que la norma endurece los requisitos de acceso para restringir el número de operadores que puedan prestar el servicio y se apoya en una causa de interés general tan imperiosa como la seguridad del sistema eléctrico nacional, pero pervierte su auténtica finalidad: que la interrumpibilidad será un servicio que se emplee con criterios económicos. De este modo, y a su juicio, los operadores adjudicatarios



jugarán con ventaja respecto de industrias directamente competidoras y no debido al legítimo juego del mercado entre oferentes, sino “a un negocio colateral” que “beneficia a los grandes consumidores de energía eléctrica”, muy reducidos en número y concentrados, según su parecer, en la franja norte de la geografía española.

El operador sostiene que ni la orden de interrumpibilidad ni las reglas de las subastas proyectadas en su desarrollo justifican la diferenciación por tamaño de los dos productos que se subastan –90 y 5MW–; máxime porque a mayor reducción de potencia demandada, menor es el número de proveedores que pueden prestar el servicio y menor es la presión competitiva. También denuncia que no existe proporcionalidad alguna entre la retribución y el producto ofertado. En apoyo de sus argumentos, presenta un informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la propuesta de desarrollo normativo del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (con referencia IN/DE/0020/14), que subraya distintas deficiencias y pone de manifiesto la existencia de alternativas regulatorias menos restrictivas, distorsionadoras y perjudiciales.

Considera, por último, que las condiciones de acceso y ejercicio perjudican especialmente a los operadores de 5MW; toda vez que se permite a los licitadores de 90 MW acudir a la subasta del 5MW, pero no a la inversa.

6. Los motivos explicitados sobre estas líneas le llevan a reclamar:

- La derogación del mecanismo de asignación del servicio de la interrumpibilidad previsto en la Orden IET/2013/2013 o modificación sustancial de sus contenidos, para eliminar las vulneraciones a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.
- La no aprobación de las reglas de la subasta proyectadas en su desarrollo o, subsidiariamente o su modificación para evitar la distinciones injustificadas entre los productos de 90 y 5MW y el diseño efectuado del sistema de pujas.
- La impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al amparo del artículo 27 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.
- La renegociación por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo del mecanismo de asignación de la interrumpibilidad con el sector industrial español tradicionalmente proveedor del servicio, el consenso con el Operador del Sistema sobre las reglas que deban aplicarse en desarrollo de ese nuevo mecanismos y el empleo de cuantos instrumentos de mediación deban aplicarse para evitar las trabas de acceso y ejercicio.

3. MARCO NORMATIVO

Para abordar correctamente la cuestión, es conveniente recordar el marco legal existente, del que deriva y en el que se sustenta todo el desarrollo normativo posterior.

La Ley estatal 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, regula el régimen jurídico de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, de acuerdo con las previsiones contenidas en las sucesivas Directivas comunitarias sobre normas comunes para el desarrollo de un mercado interior de electricidad. La norma clarifica las competencias de la Administración General del Estado, manteniendo, en esencia, las competencias atribuidas por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, e incorporando los criterios que resultan de las sentencias dictadas durante los últimos años en relación con los conflictos surgidos entre Administraciones. Así, se establece la competencia del Gobierno para la regulación básica del sector, para el establecimiento y adjudicación de los regímenes económicos de



aplicación a las distintas actividades y para garantizar la seguridad de suministro de energía eléctrica a los consumidores.

En su artículo 49 sobre la gestión de la demanda, la ley recoge la potestad de la Administración para adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los usuarios y la eficiencia y el ahorro energéticos, entre las que se incluye la prestación del servicio de interrumpibilidad, gestionado por el operador del sistema.

Dicho precepto sustituye las disposiciones contenidas en el artículo 46 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico —derogada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre—, sobre el servicio de interrumpibilidad, que desarrolló la disposición transitoria sexta del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecía la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007.

Esta disposición transitoria fijó las bases para regular el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad y habilitó al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para desarrollar sus condiciones, establecer el régimen retributivo y fijar los requisitos para la participación de los consumidores en tal servicio.

En desarrollo de tal previsión normativa, la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, reguló las condiciones del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ofrecido por los consumidores que adquirieran su energía en el mercado de producción, los requisitos para participar como proveedor del mismo y su régimen retributivo. Además, la orden preveía la revisión del mecanismo cada cuatro años para adaptarlo a las necesidades del sistema en cada momento.

La Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, modificó la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, con el propósito de ajustar la valoración de la prestación de dicho servicio al contexto de baja demanda y elevada penetración renovable no gestionable e intermitente. La Orden primaba a los consumidores que aportaran un valor de potencia más alto en todos los periodos horarios de una manera continuada y previsible.

En su disposición adicional primera, la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, mandataba al operador del sistema para presentar en el plazo de un año una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemplara, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado.

La revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad fraguó en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. En el sistema configurado por esta orden, el operador del sistema (Red Eléctrica de España) sigue siendo el encargado de la gestión del servicio de interrumpibilidad, así como de la ejecución, seguimiento y verificación de todos los aspectos relativos a su prestación. Como novedad, se le atribuye la función de celebrar las subastas de asignación de la capacidad interrumpible.

Con posterioridad a tales modificaciones normativas, fue aprobada la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por la que se regula el régimen jurídico de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, de acuerdo con las previsiones contenidas en las sucesivas Directivas comunitarias sobre normas comunes para el desarrollo de un mercado interior de electricidad.



La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en su artículo 13, relativo a la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, establece que los ingresos del sistema eléctrico financiarán sus costes, que deberán determinarse en consonancia con las estipulaciones de la ley y sus normas de desarrollo. La Ley 24/2013 deja de considerar los costes de gestión de la demanda de interrumpibilidad como tales costes obligatorios del sistema eléctrico.

Por su interés, se reproduce en su literalidad la nueva previsión normativa contenida en la Ley del Sector Eléctrico:

Artículo 49. Gestión de la demanda.

1. Las empresas eléctricas, los consumidores y el operador del sistema, en coordinación con otros agentes, podrán realizar y aplicar medidas que fomenten una mejora de la gestión de la demanda eléctrica y que contribuyan a la optimización de la curva de carga y/o a la eficiencia y ahorro energéticos.

Los consumidores, bien directamente o a través de comercializadores, podrán participar, en su caso, en los servicios incluidos en el mercado de producción de acuerdo a lo que reglamentariamente se determine.

2. Sin perjuicio de lo anterior, la Administración podrá adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los usuarios y la eficiencia y el ahorro energéticos, directamente o a través de agentes económicos cuyo objeto sea el ahorro y la introducción de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad.

Entre estas medidas se incluirá el servicio de interrumpibilidad gestionado por el operador del sistema.

El cumplimiento de los objetivos previstos en dichas medidas podrá dar lugar al reconocimiento de los costes en que se incurra para su puesta en práctica, que podrán tener la consideración de costes del sistema. A los efectos de dicho reconocimiento las medidas deberán ser aprobadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial.

Entre estas medidas se incluirá el servicio de interrumpibilidad gestionado por el operador del sistema.

La Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014, mandató a Red Eléctrica de España, S.A. como operador del sistema a elaborar una propuesta de metodología de reparto de los costes correspondientes a la retribución del servicio de disponibilidad entre los comercializadores y consumidores directos en mercado, y los titulares de las instalaciones de producción, diferenciando un pago por cada una de las tecnologías de producción de la electricidad. La Orden IET/107/2014 estipuló que esta metodología podrá aplicarse para el reparto de los costes fijos del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre.

La Orden IET/346/2014, de 7 de marzo, modifica la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. Esta nueva norma complementa el contenido de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, en aspectos tales como la financiación de los costes del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, desarrollando un nuevo sistema en el que la retribución fija del servicio de interrumpibilidad que percibirán, en su caso, los proveedores del servicio



4. ANÁLISIS DEL CASO PLANTEADO A LA LUZ DE LA LGUM

4.1 Inclusión en el ámbito de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado de la prestación del servicio de interrumpibilidad eléctrica

El artículo 28 LGUM regula el procedimiento por el que los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan, pueden informar a la Administración a través de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de los distintos obstáculos o barreras de que conozcan y que se interpongan en el ejercicio de las libertades de establecimiento y de circulación.

Este punto de contacto expresará su parecer jurídico sobre la eventual existencia de obstáculos o barreras a la unidad de mercado, considerando la información transmitida a la Secretaría del CUM por la empresa (...), un operador legalmente establecido en territorio nacional.

(...) es una empresa radicada en el sector de la siderurgia no integral desde 1965, que transforma materia prima férrica resultante del reciclado y valoración de materiales de desecho en productos utilizables en otros sectores básicos de la actividad económica del país. Según sostiene, como empresa “gran consumidora de energía” (450 MW/año) es una de las 150 industrias españolas que comenzó a prestar en 1983 el servicio de interrumpibilidad, al amparo de la Orden Ministerial 14/10/1983. Para (...), la energía eléctrica que consume en su proceso productivo supone el 25% de sus costes de transformación.

La Ley de Garantía de Unidad de Mercado remarca expresamente en su preámbulo que “todas las Administraciones Públicas” españolas, sin excepción, observarán los principios que enuncia en todos sus actos y disposiciones y para todas las **actividades económicas**, y “especialmente” en aquellas actividades que, bien por su **carácter estratégico** —telecomunicaciones, **energía**, transportes — bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico —distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras— “resultan de especial relevancia para la economía”.

La LGUM define en su anexo la actividad económica como “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.

El propio título de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad mediante un sistema de subastas, revela su propósito: gestionar un servicio que prestan determinadas industrias electrointensivas españolas, en razón a su actividad económica primigenia.

Esa perspectiva crematística y de ordenación de los recursos del citado reglamento la corrobora su artículo 8, a propósito de la activación del servicio de interrumpibilidad, que se reproduce por su interés:

Artículo 8. Activación del servicio



1. El operador del sistema gestionará el servicio de interrumpibilidad atendiendo a las necesidades que surjan en la operación del sistema eléctrico, de acuerdo a criterios de seguridad y de menor coste.

2. El citado operador solicitará una ejecución de la opción de reducción de potencia respondiendo a criterios técnicos y económicos:

a) Criterios técnicos: Como herramienta de respuesta rápida en situaciones de emergencia dentro de la operación del sistema.

***b) Criterios económicos:** En situaciones en que la aplicación del servicio suponga un menor coste que el de los servicios de ajuste del sistema.*

La forma en que deben ordenarse los recursos y prestarse el servicio delata y evidencia en el resto del articulado que estamos ante un reglamento que regula una actividad económica (sin ir más lejos, el artículo 9, sobre los requisitos para la efectiva prestación del servicio; el 11 sobre su incumplimiento y consecuente penalización en los pagos y las retribuciones; el 12 y 13 sobre retribución y liquidación o la disposición adicional segunda, que faculta al operador del sistema (Red Eléctrica de España) para presentar una propuesta sobre el mecanismo de subasta que debe emplearse, sus reglas de funcionamiento y el calendario de implantación. La Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo es el órgano que resuelve la aprobación de ese dispositivo, teniendo en cuenta la propuesta del operador del sistema; además del informe que emita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En su artículo 9, la LGUM establece como garantía de las libertades de los operadores económicos la obligación de que todas las autoridades velen “en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención” por la observancia de “los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”. Y en particular lo predica para la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos sus “pliegos y cláusulas”, los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados o “los procedimientos asociados a los mismos”.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en su artículo 13, relativo a la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, reconoce explícitamente que la interrumpibilidad es un servicio y lo emplea como instrumento de eficiencia y el ahorro energéticos.

Del análisis efectuado sobre estas líneas se desprende que la actividad sobre la que versa la reclamación del operador (...) es una actividad económica; en concreto, la prestación de un servicio, para el que efectuó gravosas inversiones al amparo de la normativa, y como tal incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de Unidad del Mercado, cuyo artículo 2 establece:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.



4.2 Análisis sobre la necesidad y proporcionalidad de los requisitos

4.2.1 Delimitación jurídica del principio de necesidad y proporcionalidad

Aun siendo muy reciente la entrada en vigor de los mecanismos que la LGUM establece en defensa y garantía de los operadores económicos, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los principios que los inspiran. En el informe N/REF 28/1412 delimita jurídicamente qué debe entenderse como principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

Así, recuerda que la LGUM incluye “el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, entre los principios generales necesarios para garantizar la unidad de mercado”, en su capítulo II y bajo el enunciado “Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación”. Para darles eficacia y alcance práctico, la ley instrumenta en su capítulo IV un sistema de garantías. “De este modo, la ley hace extensible el principio de proporcionalidad a todas las actuaciones de la Administración por las que se limite una actividad económica. Y con ello, a todos los requisitos que se establezcan para el acceso o ejercicio; con independencia del medio de intervención en que se encuadren”.

La Secretaría del Consejo remarca que el artículo 5 de la LGUM exige que los límites impuestos al acceso o ejercicio de una actividad económica “se motiven en la necesaria salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general” de entre las comprendidas en la Ley 17/2009. En todo caso, esos límites o requisitos “deberán ser proporcionados”, sin que pueda existir otro medio “menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica”.

En el informe N/REF 28/1412, centrado en los requisitos de solvencia técnicos y económicos aplicables al contrato integral de movilidad de la ciudad de Madrid, la Secretaría del Consejo enfatiza: “El artículo 9.1 de la ley (LGUM) trata de forma de forma específica el supuesto de los requisitos incluidos en los pliegos de contratación de las Administraciones Públicas, al establecer que todas las autoridades competentes velarán por la proporcionalidad de sus actuaciones”. Acto seguido, recuerda que el apartado 2 impone “en particular” el cumplimiento de los citados principios en “una serie de actuaciones”. Y “de forma expresa” se recogen “las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas; así como los requisitos para su otorgamiento (artículo 9.2b) y la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos (artículo 9.2c)”.

“De todo ello se desprende que el encaje normativo de los requisitos de solvencia debe siempre entenderse condicionado por la necesaria valoración de la proporcionalidad”, apostilla.

El análisis que efectúe este punto de contacto de los hechos denunciados por la empresa (...) ponderará, por tanto, la **proporcionalidad del mecanismo** impuesto por la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. Y si bien es verdad que las reglas de subasta propuestas por Red Eléctrica de España son justamente un documento susceptible de mejora en tanto no haya sido aprobado por el órgano que debe resolver; esto es, la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, no es menos cierto que el origen de las deficiencias desde el punto de vista de la unidad de mercado está en la orden ministerial. Por ello, cualquier desarrollo reglamentario o acto de aplicación subsumirá esas deficiencias.



La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía ya alertó en su informe de posición, emitido con fecha 18 de diciembre de 2013, sobre las deficiencias de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, cuando se hallaba en fase de borrador. Su conclusión era inequívoca: “El diseño del nuevo mecanismo de asignación del servicio encierra una serie de elementos que inciden negativamente sobre la competencia en los mercados”. Asimismo, consideró que se había “efectuado una incorrecta aplicación de los principios de buena regulación”.

La empresa (...) recuerda en su escrito que “los daños” que la nueva regulación ocasionará a las industrias españolas acogidas al sistema de ‘interrumpibilidad’ “fueron pronosticados” igualmente por la Comisión Nacional de Energía, actualmente integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El operador cita en concreto las objeciones de uno y otro órgano administrativo al “sistema de subastas ideado en la Orden IET/2013/2013 por Industria (con pujas diferentes y alternativas para los eventuales proveedores de 5MW y 90MW; es decir, de pequeña y gran potencia contratada)”, porque “limitará el número de participantes que pueden concurrir a ella, con la consiguiente merma de la presión competitiva”.

Como pone de relieve el operador su escrito, el informe 22/2013 de 10 de septiembre de 2013 emitido por la Comisión Nacional de la Energía evidenciaba la opacidad del mecanismo y reclamaba que se incluyera en la orden “la metodología o los criterios básicos” que debía seguir el operador del sistema “para realizar la propuesta de potencia interrumpible”. La empresa (...) también destaca que la CNE consideraba necesario explicitar “los criterios que utilizará el Operador del Sistema para la ejecución de la opción a determinados consumidores adjudicatarios”. Ello, por transparencia “y por su impacto en otros mecanismos de ajuste, así como en la participación de los agentes en la propia subasta”.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, el reproche de la CNE resultaba inequívoco: “El mecanismo que se establezca de selección de proveedores no debería suponer una distorsión de la formación de los precios de los mercados de ajuste; así como, en su caso, la selección de los proveedores del servicio de interrumpibilidad que ejecutarán la orden de interrupción, a efectos de evitar discrecionalidad por parte del operador del sistema”.

La CNE recordaba, por otra parte, que la simplificación del procedimiento “no debería comportar merma o supresión de garantías para el consumidor solicitante” del servicio. Por ello, “la decisión del operador del sistema debería resultar sujeta a exigencias similares a las de las actuaciones administrativas, al menos en lo que se refiere a eliminación de la discrecionalidad en la decisión”.

Si esas observaciones preliminares ya arrojan algunas sombras de duda sobre la proporcionalidad del nuevo mecanismo, cabe analizarlo también en términos de **necesidad**. Proporciona pistas el preámbulo de la Orden IET/2013/2013, que se retrotrae a las normas precedentes para explicar su razón de ser; es decir, los motivos que la inspiran. Así recuerda que la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, vino a regular las condiciones del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, ofrecido por los consumidores que adquirieran su energía en el mercado de producción, los requisitos para participar como proveedor del mismo, así como su régimen retributivo.

También explica que la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, modificó la mencionada Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, con el fin de perfeccionar y ajustar la valoración de la prestación de dicho servicio al contexto de baja demanda y elevada penetración renovable no gestionable e intermitente y primar a los consumidores que aportaran un valor de potencia más alto en todos los periodos horarios de una manera continuada y previsible. “Todo ello teniendo en cuenta que la



interrumpibilidad se configura como una herramienta para flexibilizar la operación del sistema y dar respuestas rápidas y eficientes ante eventuales situaciones de emergencia, minimizando el impacto en la seguridad del sistema”.

La Orden IET/2013/2013 recuerda, por último, que la disposición adicional primera de la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, daba un mandato al operador del sistema para presentar, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemplara, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado.

Asimismo, revela que en “el actual contexto de adopción de medidas de diversa índole en el sector eléctrico para la reforma de las diferentes actividades y partidas de costes del sistema, de forma que se logre una sostenibilidad entre ingresos y costes, se plantea la revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad”.

De los párrafos precedentes se extrae como conclusión que, al margen de que la interrumpibilidad sea un servicio para garantizar la seguridad del sistema eléctrico nacional y en un contexto de baja demanda provocado por la crisis, la Orden persigue indubitada y abiertamente un objetivo económico.

El concepto de razón imperiosa de interés general emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y según dispone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones solo pueden obedecer a objetivos de orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, protección del equilibrio financiero de seguridad social, protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y los consumidores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual o industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico y los objetivos de política social y cultural; todas ellas tasadas como razones “razones imperiosas de interés general”. Prohíbe, por el contrario, supeditar los regímenes autorizatorios a la existencia de necesidades económicas o demandas del mercado o a la evaluación de los efectos económicos “posibles o reales” de la actividad “o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente”.

Bajo esa perspectiva hay que analizar las barreras detectadas por el operador, que se detallan y analizan bajo estas líneas.

4.2.2. Los criterios económicos como razón imperiosa

El primer obstáculo referido por la empresa (...) es que el objetivo de eficiencia económica que persigue la norma no es una razón imperiosa de interés general que justifique los nuevos criterios restrictivos para prestar el servicio de la interrumpibilidad.

El operador alerta de que el nuevo mecanismo regulatorio se ha diseñado para que el servicio de interrumpibilidad se preste en respuesta no ya a situaciones de emergencia; “es decir ante eventuales razones imperiosas de interés general, sino cuando lo aconsejen criterios económicos, por su menor coste (artículo 8 Orden IET/2013/2013)”. Y advierte de que pese a sustentarse sobre criterios tan restrictivos “que arroja del mercado de la interrumpibilidad a sus actuales proveedores, está



objetivamente configurado para echar mano de él cuando la interrumpibilidad suponga un menor coste que el de los servicios de ajuste del sistema”. Por ello, sostiene que opera “al margen de cualquiera de las razones poderosas de interés general” reguladas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que podrían justificar su adopción.

La Ley de Garantía de Unidad de Mercado exige que cualquier límite o requisito establecido por la autoridad competente conforme al artículo 5.1, sea proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada. También, que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. Proporcionalidad entendida como adecuación de los requisitos a la realización de los objetivos perseguidos, sin excederse de aquellos que sean necesarios para garantizar su consecución.

Desde el punto de vista de la unidad de mercado, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía comparte con la empresa (...) el argumento de que los motivos económicos invocados en el artículo 8 de la Orden IET/2013/2013 no pueden operar como razón imperiosa para imponer criterios restrictivos que excluyan a la mayor parte de los operadores económicos que hasta ahora prestan el servicio en condiciones de igualdad, amparados y alentados por la anterior regulación.

El operador económico recuerda también que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su informe sobre la propuesta de desarrollo normativo del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad con referencia IN/DE/0020/14, considera que los análisis de cobertura del servicio para los próximos años no apuntan a la existencia de problemas que exijan la probable activación del servicio por motivos técnicos; salvo ocasionalmente y según las zonas. Desde el punto de vista de la justificación de su existencia, “cobra mayor relevancia la activación del servicio por criterios económicos”. Ese juicio lleva al supervisor nacional a sostener “que debería potenciarse la activación del servicio por criterios económicos más allá de lo propuesto por el operador del sistema; por lo que deberían relajarse los criterios de activación propuestos”. Criterios, por otra parte, que la CNMC califica como “poco transparentes”, puesto que “la activación del servicio depende de unas previsiones de necesidad de balance que son internas del operador del sistema y no pueden contrastarse ni en tiempo real ni a posteriori”.

Valoración: La Ley de Garantía de Unidad de Mercado no justifica las restricciones de acceso y ejercicio al mercado que impongan las autoridades competentes basadas en criterios económicos. Cualquier límite o requisito que se establezca deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

4.2.3. Requisitos para ser interrumpibles: los operadores de 90MW tienen mayores facilidades de acceso al mercado y su ejercicio que los de 5 MW¹.

¹ La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su informe de posición de 18 de diciembre de 2013, puso de relieve que “el nuevo sistema de asignación de la interrumpibilidad recogido en la orden estatal, dados sus efectos potencialmente restrictivos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, no puede ser valorada positivamente (...) porque, en líneas generales, concede un tratamiento más favorable para los grandes consumidores, muy reducidos en número, tanto en los requisitos para la habilitación y prestación del servicio como en el ámbito de las penalizaciones en caso de incumplimiento de tales requisitos, entrañando una discriminación no justificada entre consumidores electrointensivos. Como resultado, en la práctica, con esta nueva regulación resultarán excluidos de la participación en las subastas la mayoría de consumidores de mediana y pequeña potencia



La Orden IET/2013/2013 regula un mecanismo competitivo de asignación del servicio de interrumpibilidad basado en la celebración de distintas convocatorias a lo largo del año. En cada convocatoria tienen lugar varias subastas del producto (la interrupción del suministro). El precio de partida se fija tras determinarse la necesidad de producto interrumpible.

La norma estatal contempla la subasta de dos tipos de producto por separado: uno de 5 MW (para industrias electrointensivas con pequeña potencia contratada) y otro de 90 MW (para industrias electrointensivas de gran potencia contratada; es decir, un muy limitado número en España). La diferencia entre uno y otro es el potencial de reducción puesto a disposición del sistema y la disponibilidad del mismo. A los proveedores del producto de 90 MW se les exige mayor disponibilidad de interrupción del suministro que a los de 5 MW.

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en el informe de posición al que ya se ha aludido en otro epígrafe, puso de relieve que “no está justificada” en la norma ni técnica ni jurídicamente la diferenciación por tamaño (5 MW y 90 MW). “Máxime —advierte—, si se tiene presente que cuanto mayor sea el tamaño mínimo requerido de reducción de potencia, mucho menor será el número de consumidores que pueden prestar el servicio”. En consecuencia, el número de participantes que podrán concurrir a la subasta “se verá reducido”, como también “seriamente mermada la presión competitiva de la subasta”. Conclusión parecida a la que llegó la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia en su informe IN/DE/0020/14 y, con anterioridad, la Comisión Nacional de la Energía, en su Informe 22/2013, sobre la propuesta de orden por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, ya citado.

La autoridad andaluza de competencia subrayó que la definición de un producto “de tan elevado tamaño”, como el de 90MW, “determina importantes problemas de competencia en el procedimiento de la subasta”. “Considerando las características de precio descendente, escasez de presión competitiva y de volumen demandado con las que la que dicho procedimiento ha sido configurado, habida cuenta de que el servicio interrumpibilidad únicamente podrá ser ofrecido por un número muy reducido de consumidores.

En este sentido, la orden exige al producto de mayor tamaño, el de 90 MW, una disponibilidad de interrumpibilidad del 91% de horas de cada mes, frente a la menor disponibilidad que se exige al producto de 5 MW. Esa diferenciación lleva a considerar al operador que la norma “está consagrando” la discriminación entre las industrias españolas “en función del producto por el que pueden pujar, sin que exista proporcionalidad entre la retribución y el producto ofertado”. Y ello, sostiene, “con el agravante de

contratada, debido a las inalcanzables condiciones impuestas a los mismos”. No obstante, hay que tener en consideración que la Orden IET 2013/2013 fue parcialmente modificada por la Orden IET/107/2014, de 31 de enero.

Este informe, además, remachaba en relación a los efectos de la afectación a la competencia causada por la norma estatal, que la misma, “pese a tener su origen el mercado de producción de electricidad, sus efectos se trasladan *aguas abajo* a todos los mercados en los que operan los consumidores intensivos de electricidad afectados por la norma aquí analizada. En algunos de los supuestos, podría producirse un estrechamiento de márgenes tal que haga imposible el desarrollo de su actividad en mercados altamente dependientes de la electricidad para la mayoría de los operadores, reduciendo considerablemente la oferta en esos mercados, por no poder asumir los operadores el incremento del coste derivado del sistema actual de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción”.



que las licitadoras son empresas competidoras entre sí”.

En su informe de posición, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía estimó que “podría entenderse justificada” cualquier diferenciación entre operadores que atendiera “a criterios de mayor o menor disponibilidad” o a “mayor o menor número de ejecuciones de órdenes de interrumpibilidad”. “Pero estos supuestos, —apostillaba — no han sido contemplados en la norma”.

La Ley de Garantía de Unidad de Mercado prevé que los operadores económicos, entre otros sujetos habilitados, puedan informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la norma y no establece un plazo concreto para la remisión de dicha información desde la entrada en vigor de la disposición o acto sujetos a controversia. El operador del sistema, invocando este precepto, ha presentado las reglas de las subastas propuestas por Red Eléctrica de España, que aún no han sido aprobadas por la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. No estamos pues ante disposiciones o actos firmes atacables jurídicamente, pero sí ante un documento que testimonia, reitera y acrecienta los obstáculos a la unidad de mercado que encierra la Orden IET/2013/2013.

En contra del principio de transparencia consagrado en el artículo 8 de la LGUM, no se han recogido las sugerencias que la Comisión Nacional de la Energía vertía en su informe 22/2013 de 10 de septiembre de 2013 para que incluyera en la orden “la metodología o los criterios básicos” que debía seguir el Operador del Sistema “para realizar la propuesta de potencia interrumpible”. Y así, el regulador ha ideado un mecanismo que permite asignar primero la totalidad del requerimiento de los productos de 90 MW y si estos no resultan adjudicados, prevé la posibilidad de fraccionarlos en productos de 5 MW, para ser ofrecidos en las subastas posteriores de este tipo de producto de menor potencia.

Como bien subraya la empresa (...) en su escrito y enfatiza la CNMC en su informe sobre esta propuesta de reglas, del mecanismo diseñado por el Operador del Sistema parece deducirse su intención de que no quede producto de 90MW sin adjudicar. Y la CNMC ha pronosticado sus consecuencias: “Este supuesto introduce serias dudas sobre la presión competitiva que existirá en las subastas de producto de 90MW, especialmente si se tiene en cuenta que el número de ofertantes será previsiblemente muy reducido”. En concreto, y según los cálculos del organismo supervisor, un total de seis industrias, debido al reducido número de plantas existentes en España que precisan de tal potencia. La CNMC considera que “el interés de todos ellos sería mantener el precio elevado en todas las rondas, ya que la asignación estaría garantizada”.

Debe recordarse que, según el artículo 8 LGUM, todas las autoridades competentes “actuarán con transparencia”, no solo “para la correcta aplicación” de esa Ley sino también para “la detección temprana de obstáculos” a la unidad de mercado. Ese mismo artículo impone a “cada autoridad competente” la obligación de asegurarse “de que las disposiciones y actos” recogidos en el artículo 9.2 LGUM “son fácilmente accesibles, y cumplen lo dispuesto en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

La Guía sobre Contratación Pública y Competencia, publicada por la Comisión Nacional de Competencia en 2010, advierte del riesgo de colusión que existe en las subastas con un reducido número de licitadores. A idéntica conclusión llega la empresa (...) en su escrito elevado a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.



Los riesgos del sistema ideado llevaron a la CNMC a sugerir en su informe sobre la propuesta de reglas que la subasta se lleve a cabo en sentido inverso. Es decir, que se subaste en primer lugar un único producto de 5MW por toda la cantidad de interrumpibilidad solicitada, en el que participarían todos los proveedores habilitados, tanto de 5MW como de 90MW.

Con posterioridad, los operadores o grupos de operadores habilitados para el producto de 90MW que hubieran resultado adjudicatarios de bloques suficientes como para acudir a una puja de 90MW, acudirían a una nueva subasta para determinar un complemento a su retribución. Si no existiese competencia suficiente en esta segunda subasta, cabría establecer su retribución con base en la obtenida en la primera subasta.

En todo caso, la CNMC estima este mecanismo transitorio como forma de adquirir experiencia en el desarrollo de la subasta y evaluar la efectividad de los productos demandados desde el punto de vista de la seguridad del sistema. Conseguido ambos propósitos, y como recoge en su escrito la empresa (...), la CNMC recomienda revisar el texto de la Orden ITC/2013/2013 para la introducción de productos intermedios entre 5 y 90MW; lo que a su juicio “permitiría aumentar la competencia y obtener mejores precios en la asignación del servicio de interrumpibilidad”.

Las reglas de subasta propuestas por Red Eléctrica de España prevén, además, la posibilidad de fraccionar los productos de 90 MW no adjudicados, en productos de 5MW. Su propósito encubierto es, según la empresa (...), ofertarlos en la subasta del producto de menor tamaño para asegurarse “la asignación de todos los productos de 90 MW e introduciendo más competencia para los operadores que pujan en el producto de 5 MW”. Como ya remarco la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en su informe de posición, las industrias licitadoras que operen en el segmento de 90 MW juegan con ventaja respecto de esas otras industrias de menor potencia contratada, que solo pueden operar en el segmento de 5 MW. Y en línea con el interrogante planteado por el operador económico, cabe preguntarse por qué las reglas no permiten agruparse a los productos de 5 MW en productos de 90 MW.

Valoración: La distinción en la orden ministerial entre proveedores de sendos servicios de interrumpibilidad de 5MW y 90MW, la falta de concreción normativa de la metodología de la subasta y el esquema de pujas diseñado permiten a los consumidores de 90MW competir en el segmento de 5MW fraccionando su producto, pero no a la inversa; por ejemplo, mediante operadores agrupados. Tampoco se han previsto productos intermedios entre 5MW y 90MW que permita una mayor afluencia de licitadores. El mecanismo diseñado impone, por lo tanto, obstáculos de acceso y ejercicio para la prestación del servicio por las distintas industrias españolas que ya venían efectuándolo. Los principios enunciados en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado obligan a todas las autoridades competentes; que de acuerdo con el artículo 9.2 deben velar por su cumplimiento en “las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella”. También están obligadas a efectuar “la detección temprana de obstáculos” y asegurarse “de que las disposiciones y actos” son accesibles, según el artículo 8. El artículo 5 les impone la obligación de motivar en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general el cumplimiento de requisitos que exijan para el desarrollo de una actividad.

4.2.4 La falta de transparencia de la Orden IET/2013/2013 repercute en las condiciones económicas de la prestación del servicio



La empresa (...) recuerda en su escrito que la Orden IET/2013/2013 “no establece el mecanismo concreto de subasta que debe regir en el servicio de interrumpibilidad; si bien de su artículo 4.3 se infiere que será un sistema de subastas abiertas², puesto que establece el procedimiento para determinar el precio de salida, que es el parámetro empleado en estas”.

La inexistencia de metodología en la Orden IET/2013/2013; o dicho de otro modo, de predictibilidad y transparencia, deja la definición de los concretos criterios para la asignación del servicio de interrumpibilidad en manos de Red Eléctrica de España —empresa que actúa como operador del sistema eléctrico en el mercado eléctrico español, con un accionariado compuesto por un 20 % de titularidad estatal y un 80 % de cotización libre en bolsa —, empresa que ha diseñado su procedimiento mediante un sistema de subastas secuenciales uniproducto de precio descendente. Es decir, para adjudicar el servicio de interrumpibilidad se celebrarán distintas rondas de subasta hasta cubrir el requerimiento previsto del producto. Si en una ronda no se adjudica y se retiran todos los pujadores, se celebra una nueva ronda con un precio de salida inferior del producto. La subasta se considera terminada cuando se retire el último pujador.

La Comisión Nacional de Mercados y Competencia ha subrayado que la elección de este procedimiento “no es inocua”, ya que implica la posibilidad de que las empresas adjudicatarias reciban “una retribución diferente por la provisión del mismo servicio”.

Además, y como expone la empresa (...), se prevé la posibilidad de efectuar subastas extraordinarias por requerimientos extra de interrumpibilidad, previa resolución de la Secretaría de Estado de Energía. Precisamente la Comisión Nacional de Energía, en uno de sus comentarios a la Orden IET/2013/2013 cuando se hallaba en fase de borrador, remarca que esta norma o su desarrollo normativo deberían especificar “los criterios que seguirá el operador del sistema” para determinar cuándo resultará más ventajoso ejecutar la opción de reducción de potencia que programar los servicios de un generador.

La empresa (...) considera que por “la predictibilidad a que están obligadas las Administraciones en sus normas y actos aplicación”, debe justificarse y concretarse mucho más esta propuesta, y advierte de que “el recurso a este mecanismo puede distorsionar el resultado de la subasta principal”.

Valoración: La Orden IET/2013/2013 es contraria al artículo 8 de la LGUM porque adolece de falta de transparencia y predictibilidad. Los elementos básicos del procedimiento de la subasta y su metodología deberían haber sido objeto de regulación en tal norma; como también los criterios que seguirá el operador del sistema para determinar por motivos económicos la ejecución del servicio de ajuste. Los requerimientos ‘ad hoc’ de interrumpibilidad pueden, por otra parte, alterar el resultado de las subastas ordinarias, con el consecuente impacto económico sobre los prestadores del servicio; por lo que deben igualmente clarificarse los criterios que Red Eléctrica de España empleará para efectuarlos.

4.2.5. Incoherencias del regulador en la fundamentación del sistema existente en el mercado insular grancanario y el mercado de 90 MW, desde el punto de vista de la proporcionalidad y necesidad de las actuaciones y del principio de discriminación

² Las subastas abiertas, por oposición a las subastas de sobre cerrado, se realizan en un proceso de múltiples rondas en las cuales los vendedores potenciales consiguen información y aprenden sobre el entorno competitivo; lo que les da la oportunidad de incorporar esa información en las sucesivas pujas. En las subastas de sobre cerrado, los vendedores pueden presentar una única puja, puesto que no existen rondas adicionales de mejora.



territorial.

La empresa (...) constata en su escrito que la disposición adicional primera de la Orden IET/2013/2013 faculta a la Secretaría de Estado de Energía para establecer productos adaptados y condiciones específicas de aplicación del servicio de interrumpibilidad en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. La disposición adicional segunda de la Orden requiere al Operador del Sistema que elabore una propuesta. Por ello, efectúa la siguiente consideración: “Llama poderosamente la atención que en respuesta a ese requerimiento, Red Eléctrica de España indique en su propuesta que no es viable técnica ni económicamente establecer un mecanismo de subastas en los sistemas insulares por el número insuficiente de potenciales proveedores del servicio. En consecuencia, propone que a esos sistemas no peninsulares se les siga aplicando el régimen contenido en la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio”.

Al operador económico le sorprende que existiendo igual número de industrias en el sistema insular que el que pueda concurrir a la subasta de 90MW en todo el país, Red Eléctrica de España descarte aplicar en las islas un sistema competitivo de asignación de la prestación del servicio. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia revela en el informe efectuado sobre la propuesta de reglas que indagó sobre el número de potenciales proveedores existentes en esos sistemas y constató que en Gran Canaria existen siete proveedores. Ello lleva al regulador español a preguntarse cómo es posible que exista presión competitiva en el mecanismo del sistema peninsular para el producto de 90 MW (donde no existen más de seis posibles proveedores del producto) y no la haya en Gran Canaria.

La empresa (...) considera que esa “falta de coherencia” en la respuesta del Operador del Sistema hace imprescindible “una respuesta más plausible sobre la diferenciación de productos en el sistema peninsular, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad de las disposiciones y actos de las Administraciones consagrados en el artículo 5 LGUM”. Este punto de contacto comparte ese juicio con el operador económico. Igualmente, participa de los interrogantes que formula la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre por qué en el sistema eléctrico peninsular se opta en el producto de 90MW por una fórmula que se descarta por inviable en la isla grancanaria. Y si bien la singularidad del sistema insular avala el mantenimiento del mecanismo de compensación vigente hasta la entrada en vigor de la Orden IET/2013/2013 por la existencia de solo una, dos o tres industrias capaces ejecutar las órdenes de reducción de potencia que dé Red Eléctrica de España; las explicaciones del operador del sistema da sobre Gran Canaria desbaratan la idoneidad de la subasta entre las industrias electrointensivas de 90MW.

Esa incoherencia no solo debe enjuiciarse de acuerdo con el artículo 5 LGUM, sobre la justificación de requisitos impuestos sobre la base de razones imperiosas de interés general, sino también con el artículo 3 LGUM, que reza textualmente:

“1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento”.

“2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.



Valoración: La Orden IET/2013/2013 es contraria a los artículos 3 y 5 de la LGUM en este concreto punto. Establece dos mecanismos de asignación diferentes del servicio de interrumpibilidad eléctrica en los sistemas peninsular e insular y si el reducido número de operadores hace inviable la subasta en las islas, la misma inviabilidad debe predicarse para el producto de 90MW, dado que según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el número de industrias capaces de proporcionarlo es idéntico al existente en Gran Canaria. Y si en esa isla se descarta la subasta por la falta de presión competitiva; debe emplearse el mismo criterio en el caso del producto de 90MW, con base en el artículo 3 LGUM que consagra el principio de no discriminación territorial de los operadores económicos. También colisiona con el artículo 5 LGUM, porque el recurso a un criterio tan restrictivo como el producto de 90 MW, que restringe extraordinariamente el número de licitadores, no se ha acreditado la necesidad sobre la base de una razón imperiosa de interés general. Frente a esa posibilidad podría haberse optado por productos intermedios entre 90 y 5 MW; es decir, comprobando “que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”, como impone la LGUM en su artículo 5.2.

5. PROPUESTA DE ACTUACIÓN

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía ha constatado la existencia de barreras u obstáculos al acceso y ejercicio de la prestación del servicio previsto en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. Como tal actividad económica, este servicio se asignará mediante un sistema de subastas previsto en tal reglamento, cuyas reglas aprobará la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a propuesta por el operador del sistema, la empresa Red Eléctrica de España, sobre las que también han efectuado remarcables objeciones distintas instancias, entre ellas la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Los contenidos regulatorios de la Orden IET/2013/2013 contrarios a la Ley de Garantía de Unidad de Mercado han sido detallados en el epígrafe cuatro de este informe, denominado *Análisis del caso planteado a la luz de la LGUM*. Como propuesta de actuación, este punto de contacto sugiere la inmediata modificación de la norma por la autoridad competente y, en su defecto, o su impugnación al amparo del artículo 27 LGUM.

Sevilla, 23 de julio de 2014

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA