

RESUMEN

Energía – comercialización de electricidad

Una comercializadora de electricidad ha informado que considera que la aplicación del sistema actual de determinación de las Garantías de Operación Adicionales supone para las nuevas comercializadoras con evolución creciente de clientes y de negocio, la obligación de hacer frente a un depósito o aval innecesario para la operación del sistema eléctrico, así como desproporcionado dado que puede provocar el cese de su actividad y su expulsión del mercado.

El informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado considera que el mecanismo de garantías informado bajo este expediente asegura la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, por lo que es necesario para su adecuado funcionamiento, razón que podría incardinarse bajo la razón imperiosa de interés general de seguridad pública o de protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores y trabajadores. No obstante, los importes que se establezcan a nivel individual deben ser proporcionados, es decir, deben asegurar las situaciones de impago que pudieran tener lugar dentro del sistema eléctrico sin suponer una carga desmesurada para las empresas.

Como solución se propone que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo proceda a aprobar, en un plazo de seis meses a contar desde la fecha del presente informe, la revisión de la normativa vigente con la finalidad de adecuar determinados aspectos del cálculo de las garantías exigidas a los sujetos de mercado, introduciendo las propuestas de mejora planteadas al respecto, sin que ello suponga una merma de la cobertura necesaria. En particular, cabría considerar la posible modificación de la serie de meses históricos sobre la que se calcula la garantía, así como la conveniencia de ponderar los porcentajes de desvíos entre previsiones y consumo real en relación con los importes.

[Informe final](#)



I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 16 de diciembre de 2014, ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, escrito de una empresa comercializadora de electricidad, en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), informando sobre **la existencia de obstáculos a la libertad de establecimiento en el ámbito de las garantías exigidas para realizar la actividad de comercialización de electricidad.**

En concreto, la interesada señala que (dadas las características de la evolución de su negocio en los últimos doce meses) la aplicación a su empresa del sistema actual de determinación de las Garantías de Operación Adicionales (GOAs), tendrá como resultado que a partir de enero de 2015 tenga que hacer frente a un depósito o aval de 1.043.000 euros, frente a los 174.000 euros que resultarían de aplicar otros criterios de formulación propuestos por Red Eléctrica Española (en adelante REE o el Operador del Sistema) e informados favorablemente por la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE) en su informe nº 6/2013 de 11 de abril de 2013.

Por tanto, a juicio de la interesada, la aplicación a su caso del actual sistema de determinación de las GOAs arroja un resultado innecesario para la operación del sistema eléctrico y desproporcionado porque puede provocar el cese de su actividad y su expulsión del mercado.

En apoyo a su solicitud la comercializadora aporta diversa información sobre la regulación de su actividad, la propuesta de REE para su modificación, el informe de la CNE sobre dicha propuesta, la evolución reciente de su negocio. También presenta distintos escenarios para la determinación de las GOAs que se le aplicarían teniendo en cuenta las fórmulas de cálculo actualmente vigentes y las fórmulas contenidas en la propuesta de REE. Se resume a continuación dicha información:

- Las comercializadoras de electricidad compran cada hora la energía que prevé que consumirán sus clientes. Las diferencias entre las previsiones y



los consumos reales dan lugar a liquidaciones (con resultados positivos o negativos) que realiza el Operador del Sistema. Estas liquidaciones son provisionales mientras no se conozcan los datos reales de consumo y éstos tengan valor jurídico, situación que se produce a los ocho meses que es cuando REE comunica la información a los comercializadores.

- Los sujetos del mercado que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones deben aportar garantías suficientes para dar cobertura a sus obligaciones económicas. Son las llamadas garantías adicionales con las que se garantiza a los acreedores el cobro de sus liquidaciones.

Las garantías pueden formalizarse: mediante depósitos en efectivo; con aval o fianza solidaria; con autorización irrevocable de utilización de líneas de crédito suscritas por el comprador de la energía; mediante la cesión de futuros cobros pendientes de pago; o mediante certificado de seguro de caución prestado por entidad aseguradora.

El incumplimiento en la constitución de las garantías exigidas puede suponer que el Operador del Sistema acuerde la suspensión de la comercializadora, dando cuenta de ello a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR). La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico contempla la posible extinción (por parte del MINETUR) de la habilitación para actuar como comercializador si se produce un incumplimiento en cualquiera de sus obligaciones (artículo 47.2).

- La forma de determinación de los importes de las garantías adicionales está regulada en el artículo 11 del Anexo a la Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía antes mencionada. El Operador del Sistema propuso a MINETUR su modificación, propuesta que fue enviada por ese Ministerio a la CNE el 2 de agosto de 2012 para informe preceptivo. Dicho informe fue emitido por el Consejo de la CNE el 11 de abril de 2013 con la referencia 6/2013.

De acuerdo con el informe de la CNE, la propuesta de modificación planteada por REE tenía por objeto, *“por una parte, reducir las garantías exigidas sin mermar la cobertura necesaria, para lo que se propone ajustar los parámetros de cálculo y optimizar la consolidación de garantías exigidas por las distintas actividades de cada sujeto y, por otra parte, abordar de manera diferente su cálculo durante los primeros meses de actividad de los nuevos comercializadores, en los que no se conoce todavía el consumo real*



de sus clientes. Para estos casos se propone un nuevo mecanismo basado en datos objetivos y actualizados cada mes, de modo que se cubra adecuadamente el riesgo de crédito y se evite que en el futuro soporten aumentos en los requerimientos de garantías: garantía de operación adicional intramensual”

Entre los cambios propuestos por REE el interesado subraya especialmente dos que le favorecen:

- que la serie de meses históricos para el cálculo de esta garantía esté formada por los nueve meses más recientes, en vez de los doce actuales, ya que la serie actual incluye meses antiguos que no reflejan el comportamiento actual. El objetivo es reducir antes las garantías de los sujetos que rectifican programas bajistas de compra de energía.
- ponderar los porcentajes de desvíos de cada mes para que en la serie histórica no influyan igual meses con un porcentaje elevado sobre un importe bajo, que meses con un porcentaje menor sobre un importe mayor. El objetivo es reducir las garantías de los sujetos que cuando aumentan su cartera de clientes mejoran sus desvíos históricos iniciales.

El Consejo de la CNE señaló en el mencionado informe que se compartía la opinión del Operador del Sistema sobre la necesidad de revisar de forma significativa el procedimiento sobre garantías de pago. En particular, se destaca lo siguiente: *“Teniendo en cuenta la situación actual del sistema financiero, y el coste que la presentación de garantías supone para los agentes, el cual se traslada de un modo u otro al mercado, esta Comisión valora positivamente la adopción de medidas tales que permitan una reducción de las garantías exigidas, siempre que ello no suponga una merma de la cobertura necesaria para el sistema. En este sentido, no se cuestionan en general las propuestas del operador del sistema, ni su criterio respecto a cuáles son los efectos de las medidas o los niveles de cobertura admisibles. Por otra parte, teniendo en cuenta los importantes cambios acontecidos en el mercado eléctrico en los últimos seis años (desde la entrada en vigor del actual P.O.14.3), especialmente en lo referente a la entrada en el sistema de liquidaciones de un elevado número de nuevos comercializadores, respecto a los cuales no se tiene información histórica de consumos, o bien ésta varía significativamente mes a mes con su cartera*



de clientes, esta Comisión valora positivamente la propuesta para este caso de una garantía de operación adicional (garantía intermensual), con un mecanismo específico de cálculo. En primer lugar, para evitar que estos sujetos deban soportar en un momento dado aumentos excesivos en los requerimientos de garantías (por el desfase temporal entre sus compras en mercado y la medida de los consumos asociados) pero, sobre todo, para intentar mitigar los problemas liquidatorios que ellos puedan causar al sistema, tal como viene registrándose en los últimos tiempos.”

- (Confidencial).

Sobre la base de lo expuesto, la interesada concluye que el sistema para determinar el importe de la GOA actualmente en vigor resulta desproporcionado para los nuevos comercializadores que presentan evolución creciente de clientes y de negocio.

I. MARCO NORMATIVO

a) Normativa estatal:

Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación del sistema 14.3. «Garantías de Pago». ANEXO P.O. 14.3 Garantías de pago

- 1. Objeto.—El objeto de este procedimiento de operación es establecer las condiciones generales de la recepción y gestión de las garantías correspondientes a cualquiera de las liquidaciones establecidas en el Procedimiento de Operación 14.1.*
- 2. Ámbito de aplicación y definiciones.*
 - 2.1 Ámbito de aplicación.—Este procedimiento de operación es de aplicación a los Sujetos del Mercado de Producción y al Operador del Sistema.*

(...)
- 3. Constitución de garantías.—Los Sujetos del Mercado que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema le deberán aportar garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro*



de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema y en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1.

(...)

La falta de prestación de esta garantía, su falta de aceptación por el Operador del Sistema por considerarla insuficiente o inadecuada, o su falta de mantenimiento y actualización, serán causa de suspensión de la participación del Sujeto en el mercado de producción según se establece en el Procedimiento de Operación 14.1.

(...)

11. *Determinación del importe de las garantías de operación adicionales exigidas.—Cada Sujeto del Mercado deberá disponer de garantías de operación adicionales suficientes para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial. Las garantías de operación adicionales deberán estar cubiertas por garantías financieras con un plazo de vigencia mínimo de trece meses.*

El Operador del Sistema proporcionará información a los Sujetos sobre los datos mencionados en los apartados siguientes.

En todo caso, en el momento de formalizar las garantías, éstas no podrán ser cesiones de derechos de cobro y su vigencia deberá ser, como mínimo, de trece meses.

Mientras no se realice la liquidación final definitiva de un mes, se solicitarán garantías de operación adicionales a todos los Sujetos según se establece a continuación. La primera solicitud tendrá lugar el primer día hábil posterior al sexto día natural del mes siguiente a cada mes liquidado y los Sujetos deberán constituir la garantía solicitada en los cuatro días hábiles siguientes a la petición.

La garantía de operación adicional calculada según este apartado se redondeará al alza a un múltiplo de mil euros.

11.1 Actividades de adquisición de energía para consumidores dentro del sistema eléctrico español.

11.1.1 Adquisición de energía para consumidores en el Mercado.—Las garantías de operación adicionales de los Sujetos del Mercado por las actividades de adquisición de energía para consumidores se determinarán del siguiente modo:



a) Se calcularán los desvíos porcentuales mensuales respecto al programa producido en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas y se usará el tercer porcentaje más alto (P3). En el caso de que el tercer porcentaje más alto sea inferior a uno por ciento, se utilizará el porcentaje de uno por ciento.

b) El porcentaje P3 obtenido en el apartado anterior se aplicará al programa total liquidado del mes para obtener el desvío estimado para garantías adicionales (DG):

$$DG = P3 \times EPC$$

Donde: EPC es la suma mensual de la energía programada de consumo.

c) El importe de garantía de operación adicional (GOA) se calculará con la fórmula siguiente:

$$GOA = PE \times (DG - DA) + PDS \times DG - IMPDA$$

Donde:

DA es la suma mensual de los desvíos asignados a cada Sujeto a partir del desvío total del conjunto de participantes en el mercado de producción en ausencia de medidas completas según lo establecido en el P.O. 14.4.

PE es el precio medio mensual de todos los conceptos repercutidos a la demanda del Sujeto como el sobrecoste de las restricciones técnicas, el coste de la banda de regulación y el coste de la garantía de potencia.

PDS es el precio medio mensual de desvíos de mayor consumo, ponderado por la demanda total liquidada en cada hora.

IMPDA es el importe mensual de la liquidación inicial correspondiente a los desvíos asignados DA.

Si el importe así obtenido fuera acreedor, no se exigirá garantía de operación adicional por ese periodo.

d) En el caso de que no exista un histórico de tres meses de liquidaciones finales definitivas de un Sujeto, se utilizará el porcentaje P3 del diez por ciento o, de ser más alto, el porcentaje promedio de los Sujetos comercializadores y consumidores.



e) Cuando se liquiden medidas del cierre provisional se recalcularán las garantías de operación adicionales sustituyendo en el apartado a) los desvíos porcentuales respecto al programa por la tercera diferencia más alta entre los desvíos porcentuales mensuales respecto programa obtenidos con el cierre definitivo y los desvíos porcentuales respecto programa obtenidos con el cierre provisional en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas. Además el porcentaje mínimo de un 1% se sustituye por el de un 0,2%. En su caso, en el apartado c), se sustituye el término DA por el desvío asignado liquidado provisionalmente y, el término IMPDA por el importe de la liquidación provisional correspondiente al desvío asignado liquidado provisionalmente. En el apartado d), se sustituye el porcentaje de 10% por un 1,8%.

f) Los distribuidores deberán comunicar al Operador del Sistema, cada mes, los valores de energía disponibles utilizados en la facturación de las tarifas de acceso a cada comercializador o consumidor cualificado de los meses sin cierre de medidas. Dichos valores podrán ser utilizados para nuevas estimaciones del valor porcentaje P3 cuando superen los valores de energía considerados para el cálculo de garantías de operación adicionales y, en su caso, para nuevos cálculos de las garantías de operación adicionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO

a) Inclusión de la actividad de comercialización de electricidad en el ámbito de la LGUM.

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como:

“b) Actividad económica: 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.”

La actividad de comercialización de electricidad constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, 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.”

b) Análisis de la normativa sobre la determinación de las Garantías de Operación Adicionales exigidas a las comercializadoras de electricidad a la luz de los principios de la LGUM.

La obligación de constituir y mantener garantías económicas para ejercer una actividad es un requisito de acceso con una gran capacidad de distorsión de la actividad económica y de la competencia, en la medida en que puede constituir una barrera de acceso al mercado a los operadores que no tengan la suficiente solvencia económica o financiera, con independencia de su eficiencia. En el caso que nos ocupa la interesada alega su posible expulsión del mercado el 10 de enero de 2015 precisamente por no poder constituir el importe total de la garantía exigida por la legislación vigente. Por ello, resulta imprescindible que la imposición de este requisito respete los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados por la LGUM.

El objeto de este informe es por tanto analizar si dicho requisito es necesario y proporcionado de acuerdo con los preceptos de la LGUM (artículo 5)¹, es decir: si es necesario para la salvaguarda de una de las razones imperiosas de interés general mencionadas en dicho precepto; si es proporcionado a la razón invocada; y si no existe otro medio menos distorsionador de la actividad económica para lograr el objetivo pretendido.

Para determinar la necesidad del requisito debe observarse si responde a una de las razones de interés general de las mencionadas 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.² La propia interesada, en su escrito a esta Secretaría,

¹ **Artículo 5.** Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas 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.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, 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.

² **Artículo 3.** Definiciones.



reconoce que, tras las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema, las garantías exigidas a los que resultan deudores permiten el cobro a los que resultan acreedores. Por tanto, puede afirmarse que la instauración de este mecanismo de garantías, en la medida en que asegura la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, es necesaria para su adecuado funcionamiento, razón que podría incardinarse en la razón imperiosa de interés general más amplia de seguridad pública o de protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores.

Sobre el análisis de la proporcionalidad del sistema de determinación de las garantías adicionales exigidas por la legislación vigente, se señala que los importes que se establezcan a nivel individual para cada comercializadora deberían cubrir los desfases entre previsiones y consumo reales, del modo más ajustado posible, de modo que no supongan una carga desproporcionada para las empresas, a la vez que se aseguran las situaciones de impago que pudieran tener lugar dentro del sistema eléctrico y que podrían afectar negativamente a otros sujetos.

A la vista de los informes emitidos por REE y la extinta CNE, esta Secretaría considera que cabría cuestionarse la proporcionalidad de algunos de los parámetros de cálculo de las garantías adicionales establecidos en la Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación del sistema 14.3.

III. CONSIDERACIONES ADICIONALES – SOLUCIÓN PLANTEADA

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo se ha comprometido a realizar, en el plazo de seis meses, una revisión de la normativa vigente con la finalidad de

A los efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.



adecuar las garantías exigidas a valores proporcionados, sin que ello suponga una merma de la cobertura necesaria. En particular, se revisaría la posible modificación de la serie de meses históricos sobre la que se calcula la garantía, y la conveniencia de ponderar los porcentajes de desvíos entre previsiones y consumo real en relación con los importes.

Este informe no tiene la consideración de acto administrativo recurrible.

Madrid, 27 de marzo de 2015



LA SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO