

LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO POR LAS ENTIDADES LOCALES EN EL MERCADO MAYORISTA

Pedro CORVINOS BASECA

Abogado

José María AGÜERAS ANGULO

Interventor–Tesorero de Administración Local con Categoría Superior

SUMARIO:

1. Cuestiones previas.
2. Algunas consideraciones sobre el mercado de producción de energía eléctrica.
3. El difícil encaje de la contratación por los municipios en el mercado de producción de energía eléctrica en la LCSP.
4. Régimen jurídico aplicable a la contratación del suministro eléctrico en el mercado diario por las entidades locales como consumidores directos.
5. Contratos de acceso a redes con la empresa distribuidora.
6. Constitución de una comercializadora municipal como medio propio para la adquisición de electricidad.

1. CUESTIONES PREVIAS.

1.1. El contrato integrado de suministro de energía eléctrica.

Hay que señalar a modo de antecedente que antes de la liberalización del sector eléctrico, impuesta por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, las relaciones entre los suministradores de energía (empresas distribuidoras) y los consumidores, incluidas las Administraciones públicas, se articulaban a través del denominado contrato integrado de suministro. El objeto de este contrato era el suministro de electricidad, considerado como un servicio público de prestación obligatoria. Este contrato integraba el suministro de la electricidad y el uso de las redes para transportarla al punto pactado.

Así pues, mediante este contrato la empresa distribuidora se comprometía a suministrar energía eléctrica al consumidor en un punto determinado y con las características técnicas de calidad establecidas reglamentariamente, correspondiendo al usuario el pago de la tarifa establecida. Es decir, el usuario de este servicio público tenía

que contratar necesariamente con el distribuidor que le correspondía y pagar el precio regulado.

El carácter de servicio público de prestación obligatoria determinaba la naturaleza jurídica del contrato. Se configuraba como un contrato de naturaleza mixta: en parte de carácter privado – en lo que se refiere al acuerdo de voluntades de suministrar energía a cambio de un precio regulado– y en parte de carácter administrativo, en la medida que contenía una serie de condiciones establecidas por disposiciones normativas para asegurar la prestación de un suministro de calidad a un precio regulado

Las Administraciones públicas a la hora de contratar la electricidad no se diferenciaban del resto de los consumidores; tenían que contratar con el distribuidor correspondiente y pagar el precio regulado. Precisamente por las peculiaridades de este contrato quedó excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Estado –texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. El apartado 3 del artículo 2 de esta Ley, excluía de su ámbito de aplicación “*las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos*”, entre las que se incluía el suministro eléctrico.

De manera que el contrato integrado del suministro eléctrico quedaba excluido de la legislación de contratos, rigiéndose por su normativa específica.

La situación varía como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993, recaída en el asunto C–71/92, que declara que el Reino de España había incumplido las obligaciones impuestas en las Directivas 71/305/CEE, del Consejo de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1976, al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituían una exclusión del campo de aplicación de la legislación nacional sobre contratación pública, refiriéndose expresamente el número 3 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado.

Ello dio lugar a que en la Ley 11/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas –que sustituyó a la Ley de Contratos del Estado de 1965– desapareciese la exclusión relativa a “*las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos*”. De manera que tras la entrada en vigor de la Ley 11/1995, el contrato integrado de suministro eléctrico, entraba dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

El peculiar régimen jurídico de este contrato –debía de celebrarse necesariamente con la empresa distribuidora que correspondiese y por el precio regulado– hacía difícil su encaje en la legislación de contratos de las Administraciones públicas,

Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 11/1995, algún Ayuntamiento planteó sus dudas ante la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en lo sucesivo JCCE) acerca del alcance de su aplicación a los contratos de suministro. Se planteó en particular lo siguiente:

“2.– Contratos de la luz y del teléfono.

Teniendo en cuenta entre otras las siguientes circunstancias: "el importe de algunos contratos de luz (albdo. público, motores del depósito para elevación del agua) exceden de 5 millones; existe un solo proveedor; las tarifas son oficiales; las condiciones son impuestas por las Eléctricas y Telefónica", se consulta sobre las siguientes cuestiones:

- a) Tipo de contrato: administrativo de suministro o privado.*
- b) La necesidad de un procedimiento licitatorio.*
- c) Formalización del contrato en documento administrativo o mediante las pólizas de las Compañías”.*

La JCCE, en el informe 31/1996, de 30 de mayo, resolvió las cuestiones que se le planteaban en los siguientes términos:

“El segundo grupo de cuestiones se plantean en relación con los contratos de suministro de energía eléctrica y de teléfono, centrándose la consulta en la naturaleza administrativa o privada de los respectivos contratos, en la necesidad de un procedimiento licitatorio y en la formalización del contrato en documento administrativo o en las pólizas de las compañías. La naturaleza administrativa y no privada de estos contratos, ya sean calificados como de suministro o de servicios, deriva del artículo 5.2.a) que establece esta calificación, debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley que se recogía en el artículo 2.3 de la Ley de Contratos del Estado, referente a operaciones que celebrase la Administración con particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resultase mediatizado en virtud de disposiciones legales o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos, ha desaparecido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en virtud de una indicación de la Comisión de la Unión Europea por considerar que los contratos sobre tales bienes y derechos estaban sujetos a las Directivas comunitarias y, por tanto, debían quedar sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Respecto a la necesidad de un procedimiento licitatorio cabe señalar que una de las posibilidades previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consiste en la utilización del procedimiento negociado, equivalente a la antigua contratación directa, y que precisamente, según los artículos 183.c) y 211.b) está justificado en los supuestos en que el contrato sólo pueda adjudicarse a un solo suministrador o prestador de servicios. En cuanto a la necesidad de formalización en documento administrativo hay que reiterar que, salvo la excepción a la necesidad de formalizar antes de la iniciación ejecución del contrato prevista en el artículo 55.4, con remisión a los artículos 72 y 73 de la propia Ley, no existe ninguna excepción a la necesidad de formalizar estos contratos, sin perjuicio de que pueda,

además, extenderse la correspondiente póliza de la Compañía suministradora, cuyo contenido no podrá diferir del pliego y documento de formalización”.

Se concluye en este informe que el contrato integrado de suministro, a pesar de sus peculiaridades, es un contrato de naturaleza administrativa, debiendo utilizarse el procedimiento negociado, equivalente a la contratación directa, para la adjudicación necesariamente a la empresa distribuidora de la zona, a la que legalmente correspondía la prestación de ese servicio.

1.2. La contratación de la energía eléctrica en el mercado minorista.

Un paso en esta evolución se produjo con la total liberalización del sector eléctrico en el año 2009, que dio lugar a la disgregación del contrato integrado de suministro en dos contratos de diferente naturaleza: el contrato de acceso a redes y el contrato de compra de electricidad.

El contrato de acceso a redes (ATR) consiste en que la empresa distribuidora se compromete a permitir el tránsito por sus redes de la electricidad adquirida por los consumidores, recibiendo como contraprestación los peajes de acceso legalmente fijados. Lo que caracteriza a este contrato es la intensidad con la que está regulado, dejando poco margen a la autonomía de las partes para pactar su contenido: el contrato debe celebrarse siempre con el distribuidor de la zona y titular de la red de distribución, sin que el consumidor tenga capacidad para elegir a otro distribuidor; el distribuidor está obligado a permitir el acceso de quienes lo soliciten en las condiciones legalmente establecidas, sin que pueda decidir libremente quien puede utilizar sus redes; y el precio por la utilización de las redes es un precio regulado. Y todo ello bajo el control de las Administraciones competentes, que garantizaran el acceso a las redes. Se hará referencia más adelante al régimen jurídico aplicable a este contrato.

Por lo que respecta al contrato de compra de electricidad, la liberalización del sector eléctrico ha supuesto que los consumidores, entre ellos las Administraciones públicas, tengan libertad para elegir a quién comprarla. Se crea el mercado de producción de energía eléctrica, al que los consumidores pueden acceder directamente para comprar la electricidad. Y, por otra parte, se liberaliza el mercado minorista, con la consiguiente entrada de nuevas comercializadoras que compiten entre ellas para vender la electricidad a los consumidores. De tal manera que los consumidores tras la liberalización pueden comprar la energía eléctrica directamente en el mercado de producción o bien pueden adquirirla en el mercado minorista a alguna de las comercializadoras que en él participan.

En este nuevo contexto, surge la obligación de las Administraciones públicas en general, y en particular de los Municipios, de optimizar la gestión de la contratación del suministro eléctrico.

Las Administraciones públicas optaron inicialmente por contratar la electricidad con alguna de las comercializadoras participantes en el mercado minorista. Se ha

utilizado en estos casos el típico contrato administrativo de suministro, sujeto a la legislación de contratos del sector público. Además, se aprovecha el contrato de suministro con el comercializador para encomendarle a éste, en la condición de mandatario, la contratación del acceso a redes con el distribuidor.

La realidad es que la contratación de la electricidad por las Administraciones públicas en el mercado minorista, a través de la celebración del correspondiente contrato administrativo de suministro, no ha servido, por varias circunstancias, para obtener unos buenos precios por la electricidad adquirida.

La falta de competencia real en el mercado minorista, controlado por las comercializadoras vinculadas a las grandes empresas del sector eléctrico, la deficiente redacción de los pliegos que han regido los procesos de licitación, el riesgo de impago del suministro eléctrico por algunas Administraciones públicas con graves problemas financieros, entre otras circunstancias, han desincentivado la concurrencia en las licitaciones convocadas para adjudicar el suministro eléctrico, hasta el punto que en algunos casos se han tenido que declarar desiertas.

Ciertamente las Administraciones públicas han ido cumpliendo poco a poco las exigencias jurídico-formales en lo que respecta a la licitación pública del contrato de suministro de electricidad, pero se ha descuidado el objetivo de la eficiencia, que debe estar presente en la contratación pública.

La eficiencia en la contratación del suministro eléctrico pasa porque las Entidades Locales tengan un conocimiento preciso de las distintas opciones con que cuentan para adquirir la electricidad. El aprovisionamiento por parte de las Entidades Locales, se ha venido produciendo en el mercado minorista, como se ha visto, contratando la electricidad con alguna de las distintas comercializadoras que operan en este mercado.

Pero algunos Municipios ya están contemplando la posibilidad de aprovisionarse en el mercado mayorista, bien interviniendo como Consumidores Directos o bien constituyendo una comercializadora que actúe como medio propio. A ello nos vamos a referir a continuación.

Pero, además, existen otras opciones de aprovisionamiento que poco a poco se van introduciendo en España, como los denominados Power Purchase Agreement (acuerdo de compra de energía), utilizadas con normalidad en otros países, que, sin duda, abrirán nuevas expectativas tanto para los productores –sobre todo los de energías renovables– como para los consumidores, entre los que las Entidades Locales pueden jugar un importante papel. Estos acuerdos de compra de energía pueden ser un buen complemento a la compra de electricidad en el mercado mayorista.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

El mercado de producción de energía eléctrica –denominado mercado mayorista– se define –artículo 8.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en lo sucesivo LSE)– como aquel integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica.

El mercado mayorista engloba varios mercados en los que se puede contratar la electricidad. Por una parte está el **mercado diario**, que es un mercado físico, organizado y que incluye tres tramos: el mercado diario, el mercado intradiario y mercado de servicios complementarios. El mercado diario se celebra el día anterior al de la entrega de la energía y en él compradores y vendedores intercambian energía para cada una de las horas del día siguiente. El operador del mercado (OMIE) cruza las ofertas de venta y de compra, lo que da como resultado el precio del mercado para cada hora del día. Se trata de un mercado marginalista, en el que todos los generadores casados reciben un mismo precio, que viene determinado por el cruce de las curvas de oferta y demanda.

Junto al mercado diario está el **mercado intradiario**, gestionado también por el OMIE, que tiene por objeto permitir a generadores y a comercializadores adaptarse a los cambios que puedan producirse tras el cierre del mercado diario; con este fin se prevén 6 sesiones diarias, repartidas a lo largo del día, en las que los agentes pueden modificar sus posiciones.

Están además los denominados **mercados de operación técnica** –resolución de restricciones técnicas, resolución de restricciones por garantía de suministro, servicios complementarios y gestión de desvíos–, gestionados por el operador del sistema (REE) y cuya finalidad es garantizar la seguridad y fiabilidad del sistema de generación y transporte.

Y por otra parte están los **mercados a plazo**, entre los que hay que distinguir el mercado organizado, gestionado por OMIP, y el mercado no organizado (OTC), en el que se celebran contratos bilaterales físicos y contratos con liquidación financiera por diferencias. La finalidad de los mercados a plazo es permitir a los vendedores y compradores de electricidad controlar el riesgo económico derivado de la volatilidad de los precios de la energía en el mercado diario. Los contratos que se celebran en estos mercados a plazo son contratos de cobertura, de naturaleza financiera, que tienen por finalidad garantizar un precio cierto para las partes, independientemente de los precios que resulten del mercado diario. El carácter financiero de estos contratos es relevante para determinar el régimen jurídico aplicable en aquellos casos en que sean celebrados por alguna Administración pública, como se verá más adelante.

Quede claro, por tanto, que los mercados a plazo son complementarios del mercado diario y que los precios de la electricidad resultantes de este mercado sirven de referencia para la liquidación de los contratos financieros a plazo.

Se expondrán a continuación los rasgos que caracterizan la compraventa de electricidad en el mercado diario. Hay que destacar que la contratación se produce en un mercado organizado, intensamente regulado, en el que intervienen distintos sujetos, algunos de los cuales presentan ofertas de venta de la electricidad que producen y otros –fundamentalmente empresas comercializadoras y consumidores directos– presentan ofertas de adquisición, correspondiendo al operador del mercado (OMIE) la gestión de las ofertas de compra y venta.

El correcto funcionamiento de este mercado requiere una detallada regulación que establezca las condiciones generales de acceso de los sujetos a los diferentes segmentos del mercado organizado, diseñe la infraestructura institucional necesaria y fije las normas básicas de funcionamiento. Esta regulación se contiene en la LSE, en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (en lo sucesivo RD 2019/1997) y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica.

Esta intensa regulación limita la capacidad de las partes para pactar; en este sentido el artículo 8.1 LSE dispone que los sujetos que actúen en el mercado de producción podrán pactar libremente los términos de los contratos de compraventa de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente ley y en sus reglamentos de desarrollo. Y el artículo 7.1 del RD 2019/1997, exige como requisito para poder participar como agentes en el mercado diario, el haberse adherido expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado, mediante la firma del correspondiente contrato de adhesión.

La contratación en este mercado se caracteriza por el cruce de ofertas de venta – que por regla general deben de realizar obligatoriamente los productores– y de adquisición de energía que, como ha quedado dicho, casa el operador del mercado (OMIE) Este peculiar sistema de entrecruzamiento de ofertas de venta y adquisición, determina que el contrato se entienda perfeccionado y formalizado en el momento de la casación y ejecutado cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica (artículo 24.2 LSE)

Otro rasgo a tener en cuenta es que la pluralidad de sujetos que intervienen en este mercado ofreciendo la compra y la venta de electricidad, impide al comprador, al menos inicialmente, saber quién es la entidad de quién adquiere la electricidad y, viceversa, impide al vendedor conocer a quien vende la electricidad producida. La identificación del comprador y del vendedor se produce al final, una vez que, despachada la electricidad, el OMIE ha practicado las liquidaciones.

El precio del contrato no es en este caso, como suele ser habitual en todo contrato, el que las partes pactan libremente. Al tratarse de un mercado marginalista, en el que los agentes participantes presentan sus ofertas de venta y adquisición para cada una de las 24 horas del día siguiente, el precio para cada una de las horas viene determinado por la casación de estas ofertas realizada por un algoritmo. Quede claro, pues, que el precio que para cada una de las horas resulte de la casación se aplicará a todos los que hayan vendido y comprado energía en ese periodo de programación.

Conviene advertir que para el Consumidor Directo en Mercado el **precio final de la electricidad adquirida** es el resultado de añadir al precio marginalista del mercado diario, el correspondiente al mercado intradiario y los derivados de los mercados de operación técnica a los que antes se ha hecho referencia.

Corresponde al operador del mercado (OMIE) llevar a cabo la liquidación y comunicación de las obligaciones de pago y derechos de cobro a que dé lugar la energía contratada en el mercado. Se entiende por liquidación el proceso mediante el cual el operador del mercado determina el precio e importe final a pagar por los compradores y el precio e importe a percibir por los vendedores en virtud de la energía contratada en el mercado (artículo 22 RD 2019/1997)

En relación con lo expuesto, es preciso señalar que la normativa reguladora de este mercado establece un estricto régimen de penalizaciones en caso de impago por los compradores. La finalidad es garantizar el correcto funcionamiento del mercado.

Con este fin precisamente, la normativa reguladora del mercado establece un completo sistema de garantías que da cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de la actuación de los sujetos que en él intervienen. Este régimen de garantías incluye las que se deben prestar tanto al operador del sistema (REE), por las obligaciones económicas derivadas de la gestión de los mercados de operación técnica como al operador del mercado (OMIE), en relación con las obligaciones económicas de los mercados diario e intradiario. La prestación de estas garantías es uno de los requisitos para ser sujeto en el mercado de producción y para poder participar como agentes en el mercado diario.

Por último, hay que destacar el peculiar sistema de resolución de los conflictos derivados de la gestión económica y técnica del mercado de producción, previsto en el RD 2019/1997 y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción. Se atribuye la competencia para resolver estos conflictos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Además, se prevé la celebración de arbitrajes para resolver las controversias, desacuerdos, reclamaciones y diferencias que puedan surgir en esta materia, que no deban ser objeto de conflicto de gestión económica y técnica.

3. EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CONTRATACIÓN POR LOS MUNICIPIOS EN EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA LCSP.

No hay duda que los Municipios –y el resto de Administraciones públicas– pueden comprar directamente la electricidad en el mercado mayorista. La LSE, al regular los distintos sujetos que desarrollan actividades de suministro, contempla – artículo 6.1.g–, entre otros, a aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción, denominados Consumidores Directos en Mercado. Nada impide, pues, que los Municipios adquieran energía eléctrica directamente en el mercado de producción.

Por otra parte, el apartado 1 del artículo 8 LSE dispone que los sujetos que actúen en el mercado de producción a que se refiere el párrafo anterior podrán pactar libremente los términos de los contratos de compraventa de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente ley y en sus reglamentos de desarrollo. Y el artículo 24, en el apartado 1, establece que la contratación de energía eléctrica podrá realizarse libremente, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.

La posibilidad de que un Ayuntamiento participase en el mercado mayorista como consumidor directo, le fue planteada a la Comisión Nacional de la Energía, respondiendo afirmativamente la consulta que se le hace en el informe de 21 de febrero de 2013. Se desprende de este informe que los Municipios pueden acceder al mercado mayorista en las mismas condiciones que cualquier otro consumidor, sin que le sea exigible ningún requisito adicional.

Existen, además, experiencias de Municipios que compran la electricidad en el mercado mayorista como consumidores directos. La experiencia pionera fue la del Ayuntamiento de Avilés, que compra en el mercado mayorista la electricidad para el alumbrado público. Otros Ayuntamientos como es del Rivas Vaciamadrid y el de Zaragoza han optado por esta forma de suministro de energía eléctrica.

Otra experiencia es la del Ayuntamiento de Cádiz, que ha venido prestando el suministro eléctrico mediante la gestión de la red de distribución. Con la liberalización del sector eléctrico y la exigencia de separar las actividades, el Ayuntamiento creó en el año 2000 una entidad mercantil dedicada a la actividad de comercialización – Comercializadora Eléctrica de Cádiz S. A. U.–, que suministra a las instalaciones municipales y a aquellos consumidores que contratan la electricidad con esta entidad. Esta comercializadora municipal compra la electricidad en el mercado mayorista. Este modelo de comercializadora municipal es el que pretenden seguir otros Ayuntamiento como el de Pamplona y Barcelona.

Así pues, es evidente que las Administraciones públicas en general y, en particular, los Municipios pueden comprar directamente la electricidad en el mercado mayorista. La cuestión que se plantea es la de determinar el régimen jurídico aplicable a la contratación de energía eléctrica por las Administraciones públicas en el mercado mayorista. Y surge la duda porque este tipo de contratación, intensamente regulada por la legislación del sector eléctrico, entraría dentro de objeto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) y, a pesar de sus peculiaridades, no está expresamente excluida de su ámbito de aplicación.

El artículo 1 LCSP dispone que esta ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la

definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa

Y el artículo 2.1 LCSP establece que son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a esta ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades del sector público.

Por otro lado, la compra de electricidad en el mercado mayorista no está entre los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, enunciados en los artículos 4 a 11 LCSP. No obstante, conviene hacer una precisión al respecto: cabe considerar excluidos del ámbito de aplicación del LCSP aquellos contratos que se celebren en los mercados a plazo –organizados o no–, dado que, como se ha dicho, tienen carácter financiero. Son contratos de cobertura, de naturaleza financiera, que tienen por finalidad garantizar un precio cierto para las partes, independientemente de los precios que resulten del mercado diario. Por tanto, estos contratos quedarían excluidos, a tenor de lo establecido en el artículo 10 LCSP, que se refiere a los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

La duda quedaría centrada en el régimen jurídico aplicable a la contratación de electricidad en el mercado diario (incluyendo la participación en el mercado intradiario y en los mercados de operación técnica que se celebran cada día) La peculiar organización y funcionamiento de este mercado regulado, hace difícil su encaje en la legislación de contratos del sector público. Esta legislación no contempla la contratación de un suministro en un mercado organizado, en el que la energía eléctrica se compra cada hora del día. En este caso, los Municipios –las Administraciones públicas en general– no sacan a licitación un contrato para adquirir un suministro, a la que pueden concurrir para adjudicárselo distintas entidades en condiciones de igualdad, publicidad y transparencia. Se opta por comprar la electricidad directamente, y sin intermediarios, en un mercado organizado y supervisado por una Administración independiente (CNMC), que ofrece todas las garantías, en el que participan distintos agentes, unos ofreciendo la venta de electricidad y otros ofreciendo comprarla.

Los Municipios que quieran participar en este mercado como consumidores directos, al igual que cualquier otro consumidor, están obligados a adherirse expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado diario de producción, mediante el correspondiente contrato de adhesión (artículos 18.3 LSE y 7.1 a RD 2019/1997)

Resulta evidente que la regulación de la organización y funcionamiento de este mercado y de la contratación que en él se efectúa, contenida en la legislación del sector eléctrico, no encaja con lo establecido en la legislación de contratos del sector público, que, como ha quedado expuesto, no contempla la contratación por las Administraciones públicas en un mercado organizado, en el que se contrata la energía por horas, mediante un peculiar sistema de casación de ofertas de venta y adquisición.

Cabe concluir, por tanto, que el régimen jurídico aplicable a la compra por los Municipios –y en general por las demás Administraciones públicas– de energía eléctrica en el mercado diario, como consumidores directos en este mercado, es el establecido en la legislación del sector eléctrico, fundamentalmente en la LSE, en el RD 2019/1997 y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía. Se trata de un marco jurídico seguro que ofrece a las Administraciones públicas total garantía para que puedan contratar la compra de energía eléctrica en este mercado.

Para acabar con esta cuestión, hay que hacer notar que existe una clara voluntad desde la UE de garantizar la transparencia y la integridad de los mercados mayoristas de energía, como lo demuestra la aprobación del Reglamento 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía. El objetivo de este Reglamento es garantizar que los consumidores y otros participantes en el mercado puedan confiar en la integridad de los mercados de la electricidad y el gas, que los precios fijados en los mercados mayoristas de la energía reflejen una interacción equitativa y competitiva entre la oferta y la demanda, y que no se puedan obtener beneficios procedentes de prácticas de abuso del mercado. La función de control se atribuye a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, en estrecha colaboración con las autoridades reguladoras nacionales.

4. REGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO EN EL MERCADO DIARIO POR LAS ENTIDADES LOCALES COMO CONSUMIDORES DIRECTOS

La conclusión a la que hemos llegado, es que los Municipios y el resto de Administraciones públicas pueden ser sujetos del mercado de producción y participar como agentes en el mercado diario para la compra de electricidad. Para ello deberán cumplir la normativa del sector eléctrico que regula la organización y funcionamiento de este mercado y la forma de contratar la energía eléctrica. No es, pues, de aplicación en este caso la legislación de contratos del sector público, al no contemplar la contratación en este tipo de mercados.

Se expondrá a continuación el régimen jurídico aplicable a la contratación de energía eléctrica en el mercado diario. Pero además de comprar la electricidad en el mercado mayorista, es necesario contratar con la distribuidora el acceso a las redes, para transportar la electricidad adquirida desde donde se produce hasta las instalaciones en las que se consumirá. Del contrato de acceso a redes nos ocuparemos en el apartado V.

4.1. Participación del Municipio como agente en el mercado diario, en la condición de Consumidor Directo en Mercado.

El primer trámite para poder contratar la energía eléctrica en el mercado diario, es adquirir la condición de sujeto de mercado y de agente en el mercado diario.

Para que un Municipio pueda ser sujeto del mercado de producción y, además, participar el mercado diario, debe cumplir los siguientes requisitos. El artículo 4 RD 2019/1997 exige para ser sujeto del mercado de producción, en la condición de Consumidor Directo en Mercado, una declaración responsable y una comunicación de inicio de actividad ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Se exige, además, prestar al operador del sistema (REE) garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de su actuación, y cumplir los requisitos establecidos en los Procedimientos de Operación relativos al proceso de cobros y pagos.

Estas garantías vienen reguladas con detalle en la Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago».

Una vez adquirida la condición de sujeto del mercado, el Municipio podrá participar como agente en el mercado diario, cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 7 RD 2019/1997:

a) Adherirse expresamente a las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía, aprobadas por Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía (han sido modificadas por Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía), mediante la celebración del correspondiente contrato de adhesión. La regla 7ª de las Reglas de funcionamiento del mercado regula detalladamente las condiciones de la adhesión.

En la cláusula primera de este modelo de contrato –incluido como Anexo II en la referida Resolución de 9 de mayo de 2014–, se establece lo siguiente:

“Es objeto del presente contrato la adhesión del Agente del Mercado referido anteriormente a las Reglas de Funcionamiento del Mercado.

El Agente en el Mercado declara conocer y aceptar libre, irrevocable e incondicionalmente las Reglas de Funcionamiento del Mercado, aprobadas por la correspondiente Resolución de la Secretaría General de Energía, así como todos sus términos y condiciones, se compromete a cumplirlas sin reservas, restricciones ni condicionamientos.

En particular, y sin perjuicio de las demás obligaciones que, en su caso, correspondan al Agente del Mercado conforme a lo establecido en la normativa aplicable, el Agente del Mercado declara conocer expresamente y se compromete al cumplimiento de lo establecido en materia de garantías que deben prestar quienes realicen adquisiciones de energía eléctrica y la ejecución de las mismas; las características de las ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica; el formato y los medios de comunicación de las ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica; la determinación del método de casación de ofertas de venta y adquisición de energía

eléctrica, todo ello en los Mercados diario e intradiarios; y la determinación del precio final de la energía eléctrica, su liquidación y pago, así como las correspondientes obligaciones administrativas y fiscales que se deriven de su participación en el Mercado”.

b) Prestar, en este caso al operador del mercado (OMIE), garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de su actuación en el mercado diario de producción. Estas garantías vienen reguladas con detalle en la regla 50ª de las Reglas de funcionamiento.

Por lo que respecta a la obligatoria prestación de las garantías indicadas por parte de los Municipios:

– Al operador del sistema (Red Eléctrica Española), Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago» (BOE 13 de junio)

– Al operador del mercado (OMIE), Regla 50.6 de las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica y el contrato de adhesión a dichas reglas, aprobadas por Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 10 de mayo), conviene primeramente despejar cualquier duda respecto de dicha obligatoriedad: el municipio actúa como un sujeto más en dicho mercado, en la condición de agente consumidor, y como tal, su adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado, y su previa adquisición de la condición de sujeto de dicho mercado, sitúan a la entidad local en un plano de igualdad respecto del resto de agentes, lo que impide que el municipio pueda hacer uso de sus prerrogativas administrativas, en particular la prevista en el artículo 173.2 TRLRHL: “2. Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”; dicho precepto en modo alguno puede ser de aplicación a un mercado que, si bien regulado, se implementa y desarrolla en un ámbito sectorial que excluye la posibilidad de que cualquiera de los sujetos intervinientes actúe revestido de potestades administrativas.

Las garantías a prestar podrán instrumentarse mediante las siguientes modalidades:

- a) Depósitos en efectivo en la cuenta designada por los operadores.
- b) Aval o fianza de carácter solidario prestado por banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito; la obligación de pago en virtud del aval es a primer requerimiento.
- c) Certificado de Seguro de Caución solidario prestado por entidad aseguradora; la obligación de pago en virtud del seguro es a primer requerimiento.

d) Autorización irrevocable de utilización de una o varias líneas de crédito suscritas por el comprador de energía

e) Cesión de futuros derechos de cobro

En relación a las modalidades indicadas en las letras d y e, en cuanto al sistema de línea de crédito a disposición de REE u OMIE en caso de impago, lo consideramos incompatible con el procedimiento administrativo que debería instruir una entidad local en caso de ejecución de sus garantías; en cuanto a la garantía mediante cesión de derechos futuros, no será habitual que el municipio ostente la condición de productor y por tanto potencial acreedor.

Por tanto, los municipios en la práctica acudirán a los medios de constitución típicos: esto es, concertación mediante aval o seguro de caución, o bien instrumentación en efectivo. No existe mayor inconveniente para la constitución de estas garantías que el derivado del riesgo, inherente a cualquier garantía, de su posible ejecución:

a) En efectivo: El Plan General de Contabilidad Pública adaptado a la Administración Local, aprobado por Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, dispone que la constitución de fianzas en efectivo por parte de la entidad local, tanto a largo como a corto plazo –cuenta 565. Fianzas constituidas a corto plazo, cuenta 270. Fianzas constituidas a largo plazo–, podrán contabilizarse:

– Presupuestariamente, con cargo al capítulo 8 “Activos financieros” del presupuesto de gastos, concepto 841. Fianzas –aportaciones en efectivo realizadas como cumplimiento de una obligación, según figura en la Orden EHA/3565/2008, por la que se establece la estructura de los presupuestos de las EELL–.

– Con carácter no presupuestario: En este caso procede un asiento desde las cuentas indicadas –270 o 565–, con abono en la cuenta correspondiente del subgrupo 57, «Efectivo y activos líquidos equivalentes».

Interesa señalar que las reglas de funcionamiento respectivas señalan que ambos operadores podrán rentabilizar el efectivo, de tal forma que los intereses devengados, menos los posibles costes de la misma y menos un máximo de 0,25% que podrán conservar en concepto de comisión de gestión, se devolverán a los sujetos que hayan aportado los depósitos en efectivo.

b) Mediante aval o seguro de caución: En estos casos procederá únicamente, si así se considera oportuno, una anotación en la Memoria de la Cuenta General, careciendo de repercusión contable –salvo en lo que respecta lógicamente a su coste financiero–, si bien cabría dotar una provisión a largo o corto plazo para responsabilidades, según el caso –cuentas 142/582 PGCP–, si se considera conveniente proceder al reflejo en contabilidad financiera de las posibles responsabilidades derivadas de la garantía. Interesa poner de manifiesto para despejar cualquier duda, que dichos valores quedan fuera de los que el artículo 53.2 TRLRHL incluye dentro del concepto amplio de endeudamiento y riesgo de avales, pues no se trata de la concesión de garantías a terceros, sino de su prestación, por lo que la concertación del aval o

seguro no lleva implícita la contratación de una operación de crédito, ni supone la aplicación de las normas relativas al endeudamiento recogidas en el TRLRHL.

Por último, interesa destacar que para poder participar en el mercado diario – incluyendo la participación en el mercado intradiario y en los mercados de operación técnica– como Consumidor Directo en Mercado no se exige la adopción de formas jurídico–mercantiles, a diferencia de lo que sucede con el resto de sujetos que desarrollan actividades de suministro de energía eléctrica (artículo 6 LSE) En efecto, para desarrollar cualesquiera otra de las actividades de suministro, se exige adoptar la forma de sociedad mercantil; para la actividad de comercialización, se permite también adoptar la forma de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios.

En consecuencia, los Ayuntamientos tienen libertad para decidir si participan directamente en el mercado como entidades locales con personalidad jurídica, o si constituyen algún ente, organismo o entidad mercantil, con su propia personalidad, con el fin de participar como agente en el mercado.

4.2. Órgano competente para la aprobación de la adhesión a la reglas de funcionamiento de mercado y para la prestación de garantías.

El cumplimiento de los requisitos exigidos para que el Municipio pueda participar en el mercado diario, requiere la tramitación un expediente administrativo que habrá de culminar con la aprobación de la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado y de la prestación de las garantías exigidas.

Lo cierto es que la legislación de régimen local no contempla, como es lógico, cuál es órgano municipal competente para aprobar la adhesión y la prestación de garantías. No obstante, se pueden considerar aplicables en este caso las normas de atribución de competencias establecidas en la Disposición Adicional segunda LCSP. Hay que tener en cuenta que las reglas de atribución de competencias establecidas en la citada Disposición Adicional, sustituyeron, ya en el anterior TRLCSP, a las contenidas en los artículos 21, 22, 33 y 34 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, que distribuían las competencias en materia de “contrataciones y concesiones de toda clase” así como de “adquisición de bienes y derechos” entre el Presidente de la entidad local y el Pleno.

Es cierto que no se trata en este trámite de contratar ni adquirir ningún bien todavía, sino de aprobar la adhesión y autorizar la prestación de garantías como presupuesto necesario para adquirir la condición de agente en el mercado diario y de esta forma poder contratar en el mercado diario e intradiario. Pero el hecho de tener que prestar unas garantías en los términos expuestos, cuyo importe deberá cuantificarse en la forma establecida –Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago», en cuanto a las garantías a prestar a REE, y Regla 50ª de las Reglas de funcionamiento del mercado, en cuanto a las garantías a prestar a OMIE–, aconseja tener en cuenta las reglas de atribución de competencias establecidas en la Disposición Adicional segunda

de la LCSP. De tal forma que el importe de las garantías que deban prestarse determinaría quién es el órgano competente para aprobar dicha prestación y también para aprobar la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado; otra opción es acudir igualmente a las reglas de atribución de competencias de la D.A. 2ª, pero en razón del importe estimado a que ascenderá, en el año en curso, la adquisición de la energía. No parece razonable acudir a otros parámetros, tales como importes estimados durante un determinado número de años, puesto que el municipio puede decidir en cualquier momento su salida del mercado, como después veremos.

De manera que hay que considerar que son órganos competentes para aprobar la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado y la prestación de garantías, los que resulten de lo establecido en la Disposición Adicional 2ª LCSP, teniendo en cuenta el importe de las garantías que deban prestarse, o bien el importe anual estimado en concepto de compra de la electricidad en el mercado. A saber:

“1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley.

3. En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes es igualmente competencia del Pleno autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas.

4. En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales.”

4.3. Contratación de la energía en el mercado diario: presentación de ofertas de adquisición.

La adquisición por el Municipio de la condición de agente del mercado, en la condición de Consumidor Directo en Mercado (artículo 6.1.g LSE), tras instruirse el procedimiento antes indicado, habilita para la contratación de la electricidad en el mercado diario.

Cada Municipio participará en el mercado para contratar como una unidad de adquisición y programación, que incluirá todos los puntos de suministro, y presentará ofertas de adquisición para cada periodo de programación. Como es sabido, el mercado diario se estructura en una sola sesión para cada horizonte diario y los periodos de programación serán horarios, componiéndose de 24 periodos de programación consecutivos.

Es decir, se presentarán ofertas de adquisición para cada uno de estos 24 periodos, con expresión del precio y la cantidad de energía. Las ofertas de adquisición únicamente podrán ser simples, sin incluir condiciones complejas, a diferencia que sucede con las ofertas de venta.

Una vez verificadas y aceptadas las ofertas de venta y adquisición por el Operador del Mercado, se procederá a realizar la casación para cada período de programación, partiendo de la oferta de venta más barata. La casación la realiza el Operador del Mercado por medio de un algoritmo, conforme a lo establecido en la regla 30ª de las Reglas de funcionamiento del mercado.

El resultado de la casación determina el precio marginal para cada período de programación, que será el precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos, así como la energía comprometida por cada uno de los agentes del mercado diario de producción en función de las ofertas de adquisición y venta asignadas en dicha casación.

Es en el momento de la casación cuando quedan perfeccionados y formalizados los contratos de compra de electricidad: es en este momento cuando queda determinada la energía adquirida para cada uno de los periodos de programación y el precio de adquisición. Como se ha dicho anteriormente, en el mercado diario se celebran sucesivos contratos de compra de energía: uno por cada uno de los 24 periodos de programación.

Estamos, por tanto, ante contratos sofisticados que se perfeccionan en el momento de la casación realizada por un algoritmo, partiendo de unas ofertas de venta – que incluyen en algunos casos condiciones complejas– y de adquisición de energía presentadas por medios telemáticos.

Ha de señalarse, por último, que la transmisión de la propiedad de la energía eléctrica adquirida en el mercado se produce, salvo pacto en contrario, en el momento en que tenga entrada en las instalaciones del comprador (artículo 8.4 LSE).

4.4. Liquidación, facturación y procedimiento de aprobación del gasto.

Como hemos visto, la participación en el mercado diario como consumidor supone que el Municipio presentará ofertas de adquisición para cada uno de los 24 periodos horarios en que se divide el día natural, de tal forma que OMIE procede a realizar la casación para cada período de programación, siendo ése el momento en que quedan perfeccionados y formalizados los contratos de compra de electricidad, la energía adquirida y su precio; una vez realizadas las casaciones, el operador del mercado procede a la liquidación, determinando los derechos de cobro y las obligaciones de pago correspondientes a cada período de programación, y lo comunica a los correspondientes agentes del mercado, mediante nota de abono o de cargo comprensiva de los derechos y obligaciones correspondientes a los agentes del mercado, expidiendo las facturas correspondientes. En el caso de los pagos a efectuar al Operador del Sistema –REE– por los servicios de ajuste, éste efectúa liquidaciones parciales por quincenas –expidiendo asimismo las correspondientes facturas–, a cuenta de la medida definitiva del sistema eléctrico, que tiene lugar transcurridos once meses.

Veamos qué opciones existen para que el municipio cumpla con sus obligaciones como comprador en el mercado, respetando el principio de legalidad presupuestaria y el procedimiento administrativo de tramitación del gasto público:

i) Aprobación del gasto mediante el procedimiento presupuestario ordinario

La regla 48 de las Reglas de funcionamiento del mercado contempla a este respecto liquidaciones semanales, comprensivas de las preceptivas facturas emitidas por OMIE contra el adquirente –Ayuntamiento–, mientras la regla 49 establece un plazo de pago de dos días hábiles desde su publicación, plazo muy reducido pero, en teoría, suficiente para tramitar el mismo por el procedimiento ordinario; es decir, pese a la perentoriedad de los plazos de pago, antes de proceder al pago material ya habrán sido emitidas y recibidas las correspondientes facturas, por lo que cabe a priori su tramitación ordinaria según las normas presupuestarias públicas, que obligan a la previa conformidad y aprobación por el órgano competente de la factura o documento equivalente y consiguiente reconocimiento de la obligación con cargo al presupuesto, antes de proceder a su pago. En el caso de los pagos a efectuar al Operador del Sistema –REE– por los servicios de ajuste, el plazo para la realización de dichos pagos es de tres días hábiles –procedimiento de operación 14.1 «Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema»–

Dado que la previa disposición del gasto público no resulta posible, por desconocimiento del importe exacto hasta la emisión de las liquidaciones por OM y OS, se hace necesario que las tres fases “principales” de gestión presupuestaria del gasto –autorización del gasto, disposición o compromiso del gasto y reconocimiento de la obligación–, se efectúen simultáneamente, una vez emitida y facturada la liquidación semanal por OMIE, quincenal en el caso de REE.

La acumulación de dichas fases de gasto se encuentra permitida por el artículo 67.1 del RD 500/1990, que desarrolla el TRLRHL en materia de presupuestos. Es

competente el Alcalde-Presidente para el reconocimiento de obligaciones correspondientes a gastos legalmente adquiridos –artículo 185 TRLRHL–, así como para proceder posteriormente a la ordenación del pago –artículo 186–, de forma que pueda procederse de forma inmediata a su realización material al objeto de cumplir los plazos establecidos en dichas reglas, previa habilitación a través del Plan de Disposición de Fondos del municipio, para su atención inmediata.

Sin embargo, aún con acumulación de fases de gasto –ADOP–, no es el sistema que recomendamos, pues no cabe duda de que el plazo de pago extraordinariamente reducido compromete seriamente la posibilidad de un cumplimiento general y sin excepciones, convirtiéndola incluso en prácticamente imposible en el caso de los grandes municipios. En definitiva, un procedimiento presupuestario de aprobación y pago “exprés” de dichas facturas resulta de difícil encaje con la gestión presupuestaria ordinaria.

ii) Anticipo de caja fija.

Por eso, en el caso de que la utilización de este procedimiento “ordinario” pudiera plantear dificultades por el escaso plazo para realizar el pago, podría utilizarse un sistema de Anticipos de Caja Fija, contemplado en el artículo 190 TRLHL y artículos 73 y siguientes del RD 500/1990, precisamente para hacer frente a atenciones corrientes de carácter periódico o repetitivo. Este es el sistema utilizado por el Ayuntamiento de Avilés, pionero en acudir al mercado de producción.

Se puede considerar que el gasto derivado de la adquisición de energía en el mercado de producción está comprendido dentro de dichos gastos corrientes periódicos y repetitivos, por lo que cabe la utilización del sistema de ACF. El objetivo que se persigue con la utilización de este sistema es la atención inmediata y posterior aplicación al Presupuesto de dichos gastos. Se requerirá, como es sabido, un procedimiento consistente en provisiones sucesivas de fondos, autorizadas por el órgano competente para autorizar los pagos –artículo 73.3 RD 500/90–, que se aplicarán a un concepto no presupuestario y que, conforme establece el artículo 73.4 RP, requiere de la previa fijación de una cuantía global máxima a aprobar por el Pleno de la Entidad a través de las Bases de Ejecución del Presupuesto, así como el nombramiento de uno o varios habilitados –artículo 74– que reciban los anticipos y rindan cuentas por los gastos atendidos con los mismos, a medida que sus necesidades de Tesorería aconsejen la reposición de los fondos utilizados.

Las órdenes de pago de reposición de fondos se expiden con aplicación a los conceptos presupuestarios a que correspondan las cantidades debidamente justificadas y por el importe de las mismas, previa presentación por los habilitados del anticipo y aprobación por el órgano competente de las correspondientes cuentas justificativas. Los perceptores de estos fondos quedan obligados en todo caso a justificar la aplicación de los percibidos a lo largo del ejercicio presupuestario en que se constituye el anticipo –artículo 74.4–, por lo que, al menos en el mes de diciembre de cada año, han de rendir sus cuentas; si bien, lo razonable será que dicha rendición y consiguiente reposición tenga lugar con una periodicidad mensual, a efectos de facilitar su seguimiento

presupuestario, y en todo caso a medida que la situación de la cuenta restringida abierta al efecto aconseje la reposición de fondos.

En caso de optar por este sistema se recomienda, a fin de garantizar su posterior aplicación presupuestaria, que se regule en las Bases de Ejecución del Presupuesto que la expedición de los anticipos y sus reposiciones den lugar a la correspondiente retención de crédito en la aplicación o aplicaciones incluidas en la habilitación.

Con el sistema ACF, los mandamientos de pagos no presupuestarios que se expidan se abonarán por transferencia a las cuentas restringidas a nombre del Ayuntamiento que los habilitados pagadores tendrán abiertas en una entidad bancaria, de forma que las disposiciones de fondos de las cuentas se efectuarán mediante transferencias bancarias a OMIE y REE, autorizadas con la firma de los habilitados pagadores. Las obligaciones adquiridas se considerarán satisfechas desde el momento en que se han efectuado las transferencias correspondientes. Por tanto, en el caso del pago semanal de la factura por la energía eléctrica adquirida en los siete días anteriores, los habilitados pagadores deberán verificar en primer lugar que las facturas emitidas cumplan todos los requisitos necesarios, realizar los pagos correspondientes, y rendir las cuentas a medida que sus necesidades de Tesorería aconsejen la reposición de los fondos utilizados. De acuerdo con las cantidades justificadas, se expedirán los correspondientes documentos contables de ejecución del Presupuesto de gastos que procedan, en el momento de acordarse los nuevos libramientos para la reposición de fondos por el órgano competente.

Interesa recordar por último que el registro de las facturas en el Registro Contable de Facturas –RCF– es obligatorio pese a tramitarse los pagos mediante el sistema de ACF. Por otro lado, el importe de las facturas determinará que éstas deban ser obligatoriamente electrónicas en su mayor parte, en cuyo caso, como es sabido, deberán tener entrada a través de FACE o plataforma equivalente del Ayuntamiento, lo que determinará su automática anotación en el RCF.

4.5. Permanencia en el mercado de producción

El Municipio que adquiriera la condición de Consumidor Directo en Mercado, no está obligado a permanecer en él durante un tiempo determinado. Puede en cualquier momento darse de baja como agentes del mercado y dejar de comprar la electricidad en el mercado de producción, para comprarla en el mercado minorista a una comercializadora. No están tampoco obligados a comprar en el mercado mayorista toda la electricidad que necesiten; pueden adquirir parte de la electricidad en el mercado mayorista y otra parte en el mercado minorista. Esto es precisamente lo que está haciendo el Ayuntamiento de Avilés, a cuya experiencia nos hemos referido anteriormente.

5. CONTRATOS DE ACCESO A REDES CON LA EMPRESA DISTRIBUIDORA

Como ha quedado expuesto anteriormente, los Municipios que decidan comprar la electricidad en el mercado mayorista, deberán preocuparse también de la contratación de acceso a redes con la distribuidora de la zona. Ha de tenerse en cuenta que cuando el suministro de electricidad se contrata en el mercado minorista con una comercializadora, suele ser esta empresa la que, actuando como mandataria del consumidor, contrata el acceso a redes con la distribuidora.

El contrato de acceso tiene por objeto la utilización de las redes para el transporte de la electricidad previamente adquirida por el consumidor. La naturaleza jurídica de este contrato viene determinada por el derecho de acceso a las redes que tienen todos los consumidores –artículo 7.1 LSE– y por la correspondiente obligación que tienen los titulares de las redes de permitir el acceso a ellas en las condiciones reglamentariamente establecidas –artículos 33, 37 y 41 de la LSE.

Es un contrato regulado, de forma dispersa, en las siguientes disposiciones normativas: Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica; Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. La intensidad de esta regulación deja poco margen a la autonomía de las partes para pactar su contenido: el contrato debe celebrarse necesariamente con el distribuidor de la zona, que tienen la función de distribuir la energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución y el precio viene determinado por la normativa reguladora de los peajes de acceso.

Al igual que sucede con la compra de electricidad, la obligatoria contratación del acceso a redes con el distribuidor de zona, que ostenta derechos exclusivos derivados de un monopolio natural, no se encuentra entre los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. En este caso, sin embargo, cabe considerar que la naturaleza jurídica de este contrato, si bien muy regulado y con un muy escaso margen de autonomía, es administrativa, por lo que ha de operar para su contratación necesariamente directa el procedimiento negociado sin publicidad con único empresario a que se refiere el artículo 168.2 LCSP, por razón de la existencia de derechos exclusivos derivados de dicho monopolio: *"2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia*

de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato."

6. CONSTITUCIÓN DE UNA COMERCIALIZADORA MUNICIPAL COMO MEDIO PROPIO PARA LA ADQUISICIÓN DE ELECTRICIDAD.

6.1. Algunas consideraciones sobre la actividad de comercialización.

La liberalización del sector eléctrico determinó la separación de las distintas actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico. Algunas de éstas –transporte, distribución y gestión económica y técnica del sistema– tienen carácter de actividades reguladas y se ejercen en régimen de monopolio, mientras que las demás –generación, servicios de recarga y comercialización– se ejercen en régimen de libre competencia.

La actividad de comercialización de energía eléctrica, que es la que aquí interesa, se desarrolla por las empresas comercializadoras que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía, normalmente en el mercado mayorista, para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional.

Las empresas comercializadoras deben necesariamente adoptar forma de sociedades mercantiles, o de sociedades cooperativas de consumidores y usuarios. Y se exige que en su objeto social quede acreditada su capacidad para vender y comprar energía eléctrica sin que existan limitaciones o reservas al ejercicio de dicha actividad. Se exige también que las empresas dedicadas a la actividad de comercialización acrediten su capacidad técnica y su capacidad económica.

Para acreditar la capacidad técnica deben cumplir los requisitos exigidos a los sujetos compradores en el mercado de producción de energía eléctrica, conforme a lo establecido en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (artículo 4) y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica, aprobadas por Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía y los Procedimientos de Operación.

La capacidad económica se acredita presentando ante el Operador del Sistema y ante el Operador del Mercado las garantías que resulten exigibles en las referidas normas para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad.

Para ejercer la actividad de comercialización no es necesario autorización, basta con una comunicación de inicio de la actividad que especificará el ámbito territorial en que se vaya a desarrollar la actividad. Se presentará la comunicación ante la Dirección General competente del Ministerio de Industria, acompañada de la declaración

responsable sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad. Cuando la actividad se vaya a desarrollar exclusivamente en el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, deberá comunicarse al órgano competente en materia de energía de la comunidad autónoma correspondiente quien dará traslado a la Dirección General competente del Ministerio de Industria.

Lo cierto es que constituir una empresa comercializadora y dedicarse a la actividad de comercialización no es difícil, como lo prueba las más de 200 comercializadoras en activo.

Los Municipios pueden decidir crear una entidad comercializadora con el fin de intervenir en la actividad de comercialización, en competencia con las demás comercializadoras que venden electricidad en el mercado minorista. O bien pueden plantearse la creación de una comercializadora para el aprovisionamiento de energía eléctrica, actuando como un medio propio, como tienen intención de hacer los Ayuntamientos de Pamplona y Barcelona. Cabe también que varias entidades locales – Municipios y Diputación Provincial– creen una comercializadora para el suministro de todos ellos.

6.2. La creación de una comercializadora municipal como medio propio para la adquisición de energía eléctrica.

Según ha quedado expuesto, algunos Municipios –Pamplona y Barcelona– se están planteando constituir una entidad comercializadora que tendría por objeto fundamentalmente el suministro propio de energía eléctrica que se adquirirá en el mercado mayorista. Esta comercializadora tendría la consideración de medio propio del Ayuntamiento al que se le encomendaría la adquisición de energía eléctrica para consumo propio y también para la venta a otros consumidores¹. En ambos casos, se tiene la intención que la comercializadora municipal, además del suministro a las propias instalaciones municipales, suministre a consumidores privados. Está presente la idea, sobre todo en el caso de Barcelona, de que la comercializadora municipal sea un instrumento para hacer frente al problema de la pobreza energética.

¹ La decisión de crear una comercializadora a la que se encomiende el aprovisionamiento de energía eléctrica, es un medio alternativo a la compra de electricidad mediante licitación pública a otras comercializadoras privadas que operan en el mercado minorista. Dado que la utilización de este instrumento puede dar lugar a importantes restricciones a la competencia, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el informe titulado “**Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia**” recomendó que se justificase adecuadamente la elección de este medio, tanto desde la perspectiva de la necesidad como de la proporcionalidad. A este respecto interesa destacar que el art. 86.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, impone como requisito para poder crear una entidad que tenga la consideración de medio propio que “**Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica**”. El cumplimiento de este requisito deberá justificarse en memoria que acompañe a la declaración de medio propio, que deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado. Además, se establece que el control de eficacia incluye la comprobación del cumplimiento de este requisito.

Como es sabido, la encomienda de gestión es un instrumento de aprovisionamiento a través de entidades instrumentales normalmente de naturaleza mercantil, diferenciado de la contratación pública.

La LCSP contiene una regulación detallada de la encomienda a medios propios, adaptándose a lo establecido en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación y precisando algunas cuestiones que estaban deficientemente reguladas. La nueva regulación de los denominados **encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados**, tiene incidencia en la constitución de comercializadoras municipales para el aprovisionamiento de energía eléctrica. Veamos cuales son los aspectos novedosos que contiene el artículo 32 de la nueva LCSP, que deberán tenerse en cuenta al constituir una comercializadora que actúe como medio propio personificado de un Municipio.

Se establecen con mayor precisión los requisitos exigidos para que un ente tenga la consideración de medio propio personificado. **Se precisa el requisito del control análogo**, en línea con la jurisprudencia del TJUE, exigiendo que el poder adjudicador ejerza sobre el ente destinatario un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una **influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas**. Y se entiende que el poder adjudicador ostenta sobre el ente destinatario un control análogo, cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo, por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Por otra parte, **se concreta el requisito que exige que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente que lo controla**: más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo deberán llevarse a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. Esta cuestión es especialmente relevante en el caso de las comercializadoras municipales que tengan la consideración de medio propio, habida cuenta que, como se ha dicho, pretenden utilizarse, además de para el aprovisionamiento del Municipio, para suministrar a consumidores privados. Por tanto, queda muy limitada la intervención en el mercado minorista de las comercializadoras municipales constituidas como medio propio. Por otra parte, queda claro que podrá encargarse a la comercializadora constituida como medio propio personificado, el aprovisionamiento del Municipio y de los entes instrumentales sobre los que tenga control.

La Ley se preocupa de determinar la forma de calcular este porcentaje² y establece el medio de comprobar el cumplimiento efectivo de este requisito, exigiendo que el porcentaje de actividad quede reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, para que pueda ser objeto de verificación por el auditor de cuentas. El incumplimiento de este requisito –y del resto– comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada (artículo 32.6 LCSP) En consecuencia, no estará justificada la restricción a la competencia que supone encomendar a un medio propio la adquisición de energía como alternativa a la licitación pública³. Pero, además, el incumplimiento de este porcentaje podría considerarse como una práctica anticompetitiva de la comercializadora municipal respecto de las demás comercializadoras que operan en el mercado minorista.

Se mantiene el requisito de que **la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública**, cuando el medio propio adopta la forma de personificación jurídico–privada. Y se regula con mayor precisión el **reconocimiento formal del medio propio** en sus estatutos o actos de creación, exigiéndose el cumplimiento de los siguiente requisitos: 1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y 2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Se exige además que en los estatutos o acto de creación conste el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición de medio propio y se determine el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir. Por último, debe establecerse en los estatutos la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas

La nueva LCSP atiende también a las recomendaciones que se habían realizado acerca de la necesidad de incrementar la publicidad de las encomiendas a medios propios. Así, se exige –apartado 6 del artículo 32– que se de publicidad en la plataforma

² La forma de calcular este porcentaje se establece en el apartado 2, letra b), del artículo 32 LCSP en los siguientes términos: “...A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.

³ Como ya se ha dicho, el informe de la CNC contiene un exhaustivo análisis de las restricciones a la competencia derivadas de la encomienda de gestión.

de contratación correspondiente de la condición de un ente como medio propio personificado, especificándose de qué poderes adjudicadores la ostenta y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. Se exige también que el encargo sea objeto de formalización en un documento que será publicado en la plataforma de contratación correspondiente, cuando el importe sea superior a 50.000 euros, IVA excluido. Y la información de los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente

En relación con el deber de formalizar los encargos a los medios propios y publicarlos, hay que señalar que otra de las novedades de la Ley es que se incluye este acto entre los que son susceptibles de control mediante recurso especial (art. 44.2.e).

Un tema crucial es el de la **retribución a la comercializadora municipal que tenga la consideración de medio propio**. El artículo 24.6 TRLCSP se limitaba a decir que la retribución se fijaría por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan⁴. El artículo 32.2.a) *in fine* LCSP completa esta regulación estableciendo que las tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización.

Para determinar la retribución de la comercializadora hay que tener en cuenta que una parte importante de los costes de suministro de energía tiene carácter regulado – peajes de acceso y cargos asociados– y deben abonarse a la empresa distribuidora. Hay otra parte que se corresponde con el precio de adquisición de la energía eléctrica. Lo lógico es que la comercializadora municipal adquiera la energía en el mercado mayorista, abonando el precio resultante de la casación para cada una de las horas. A ello habría que añadir otros costes como los financieros o las tasas municipales y el margen de la comercializadora. La retribución de la comercializadora debiera ser el resultado de los referidos costes.

De manera que estará justificada la creación de una comercializadora municipal como medio propio, en la medida en que la retribución que abone el Ayuntamiento sea inferior al precio al que podría adquirir la electricidad en el mercado minorista o en el mercado mayorista interviniendo como Consumidor Directo.

Los consumidores privados a los que la comercializadora municipal suministre deberán abonar la misma retribución que el Ayuntamiento. Lo que no cabe en ningún caso es se ofrezca a los consumidores privados unos precios subvencionados a costa del suministro municipal.

⁴ Se ha criticado la forma deficiente en que se determina la retribución de estas entidades y las ineficiencias que puede provocar. Véase la crítica que se hace en el “Informe de medios propios y encomiendas de gestión” (2013), de la CNC y también en el informe de la CNMC al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (2015), pág. 23.

6.3. La creación de una comercializadora como medio propio para el aprovisionamiento de varias Entidades locales.

Cabe también la posibilidad, contemplada en el apartado 4 del artículo 32 LCSP, que varios poderes adjudicadores que sean independientes constituyan un medio propio personificado al que puedan hacer encargos. Ello permitiría a varios municipios y a otras entidades locales como las Diputaciones Provinciales, crear una comercializadora para que les aprovisionase a todos ellos de energía eléctrica.

Se exige también que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el medio propio personificado un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades; se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: 1) Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos; 2) Que los poderes adjudicadores puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo y 3) Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

Se impone también en este caso el requisito de que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se han de llevar a cabo en el ejercicio de los cometidos que le confíen los poderes adjudicadores que lo controlan u otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores.

Y es de aplicación el requisito de que la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada. Y que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación.