



Roj: **SAN 1751/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1751**

Id Cendoj: **28079230042022100226**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/03/2022**

Nº de Recurso: **711/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000711 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04631/2018

Demandante: VIESGO GENERACIÓN S.L.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a diez de marzo de dos mil veintidós.

Esta sala ha visto el recurso contencioso-administrativo num. **711/2018** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo ha promovido la Procuradora D^a María Jesús Gutiérrez Aceves en nombre y representación de **VIESGO GENERACIÓN SL**, -que más tarde pasó a denominarse VIESGO PRODUCCIÓN S.L.U.-, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 21 de junio de 2018, por la que se resuelve el expediente sancionador SNC/DE/053/15 incoado a la recurrente, y se le declara responsable de una infracción grave del artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados al objeto de alterar indebidamente el despacho de generación, por las ofertas realizadas respecto de la Central de Los Barrios durante el periodo comprendido entre enero y octubre de 2014, siéndole impuesta una sanción de multa de **6.000.000 (seis millones)** de euros; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.



AN TECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 27 de julio de 2018, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma mediante escrito presentado en fecha 5 de noviembre de 2018; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

&q uot; ... y, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso:

1. Se declare, de acuerdo con lo alegado en el Fundamento de Derecho Primero de este escrito, que la Resolución de la CNMC de 21 de junio de 2018, aquí impugnada, no es conforme a Derecho y se anule.

Y, así, se reconozca el derecho de VIESGO a la devolución, junto con los intereses legales correspondientes, del importe de 6.000.000 de euros de la multa impuesta por la Resolución de la CNMC de 21 de junio de 2018, ya que, como se acredita con la copia del justificante de ingreso aquí aportada como documento número 2, tal importe fue abonado por mi representada en fecha 5 de octubre de 2018 en la cuenta de titularidad de la CNMC.

2. Subsidiariamente, y conforme a lo alegado en el Fundamento de Derecho Segundo, se declare que la Resolución de la CNMC de 21 de junio de 2018, aquí impugnada, no es conforme a Derecho y se anule, en cuanto a la imposición a VIESGO de una sanción por importe de 6.000.000 de euros, y se establezca que dicha sanción debe ascender a 600.001 euros, y se reconozca el derecho de VIESGO a la devolución de la diferencia entre este último importe y la cantidad ya abonada a la CNMC, con los intereses legales correspondientes."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada con imposición de costas a la parte recurrente."*

3. Fijada la cuantía del procedimiento en 6.000.000 € y, acordado el recibimiento a prueba practicándose la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, se siguió el trámite de conclusiones, quedando seguidamente los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

4. Finalmente, mediante Providencia de fecha 4 de noviembre de 2021 se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2021, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción, excepto el plazo para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos de especial y singular complejidad técnica. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de impugnación la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 21 de junio de 2018, por la que se resuelve el expediente sancionador SNC/DE/053/15 incoado a la hoy recurrente, VIESGO GENERACIÓN, S.L. y se le declara responsable de una infracción grave del artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados al objeto de alterar indebidamente el despacho de generación, por las ofertas realizadas respecto de la Central de Los Barrios durante el periodo comprendido entre enero y octubre de 2014, siéndole impuesta una sanción de multa de **6.000.000 (seis millones)** de euros.

2. La resolución que ahora se impugna puso fin al procedimiento sancionador incoado por el Director de Energía, con fecha 22 de diciembre de 2016, a la sociedad ahora recurrente, en su condición de titular de la Central Térmica de Los Barrios; y ello sobre la base de considerar que:

"Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en la presunta alteración del despacho de generación realizada por esta empresa con respecto a su C.T. de Los Barrios, con el objeto de que la programación de esta Central se produzca en el marco de proceso de solución de restricciones técnicas.

Es ta alteración se concreta en los siguientes extremos:

Lo s valores de precio que se han ido asignando por parte de EON (en su calidad de antigua titular de la Central) a las ofertas de producción de su Central (de Los Barrios) correspondientes al mercado diario presentan valores anormales o desproporcionados durante el año 2014. Estas ofertas habrían impedido la programación de la

Central de referencia en el Programa Diario Base de Funcionamiento durante el período comprendido, al menos, entre el 24 de mayo y el 14 de octubre de 2014".

3. En la resolución impugnada se comienza por dar razón de las actuaciones previas, esto es de los indicios de infracción a partir tanto de la información disponible en la propia CNMC como de la obtenida mediante requerimiento a la sociedad titular de la Central del caso (entonces, EON Generación, S.L.) respecto a la justificación del precio reflejado en las ofertas, como en relación al detalle y justificación de los conceptos que componen el coste de producción de la Central Los Barrios como también respecto a la asistencia de cualquier condicionante o limitación que dificultase el despacho de dicha Central en el mercado diario, en el período temporal de referencia. Información que fue remitida en su momento por Viesgo Generación tras la sucesión en la titularidad de la Central Térmica de actual referencia.

En la propia resolución se detallan los indicios que sirvieron de base a la incoación del procedimiento sancionador en los siguientes términos:

En primer lugar se hace referencia a los indicios de infracción procedentes del análisis de la programación en el mercado de las centrales de carbón importado, los cuales ponían de manifiesto:

"A partir del mes de mayo de 2014, como consecuencia de la menor disponibilidad de energía de origen eólico e hidráulico, y el aumento de precio en el mercado diario que de ello derivó, prácticamente todas las centrales que utilizan como energía primaria carbón importado y estaban disponibles, fueron despachadas en el Programa Diario Base de Funcionamiento (Programa conocido como PDBF formado por el resultado del Mercado diario y de la Contratación bilateral), especialmente en el mes de junio de 2014.

Si bien algunas centrales de este tipo (de las más antiguas del parque, y en llamativo que no hubiera sido despachada en el PDBF la Central Térmica de Los Barrios, siendo esta central (de titularidad de E.ON Generación S.L., sociedad actualmente denominada Viesgo Generación S.L.1) una de las de más reciente incorporación al parque de carbón. En concreto, Los Barrios no fue despachada en PDBF durante todo el primer semestre, y apenas lo fue un día en el mes de julio y doce días en septiembre de 2014.

No obstante, el análisis de la energía diariamente programada por la central de Los Barrios en cada segmento del mercado, ponía de manifiesto la programación sistemática de esta central 24 horas al día hasta mínimo técnico en el proceso de resolución de restricciones técnicas, posterior al mercado diario, completando programa posteriormente en el mercado intradiario, y en menor medida, en los mercados de balance (gestión de desvíos y terciaria)."

En segundo lugar se refieren indicios provenientes de la situación de competencia restringida en la específica zona de Cádiz (Campo de Gibraltar) los cuales por su parte ponían de manifiesto ::

... la existencia de un problema de seguridad zonal, ya que es necesario disponer de forma permanente de uno o dos grupos despachados en la zona para el control de tensión, según la demanda prevista, e incluso, en algunos días, se requiere un tercer grupo para cubrir la demanda de la tarde en la zona, cuando la producción termo solar disminuye.

El análisis de las restricciones técnicas al PDBF en la zona de Cádiz en el periodo comprendido entre el 2-1-2013 y el 29-9-2014 pone de manifiesto que se han programado de forma sistemática por restricciones las centrales de Los Barrios (de titularidad de Viesgo Generación) y San Roque 1 (de titularidad de Gas Natural Fenosa), y, ocasionalmente, un tercer grupo. Una imagen más amplia de las restricciones (de 2009 a 2014) en la zona revela que en la misma existe un problema estructural de restricciones: La disponibilidad de grupos generadores en la zona se ha visto reducida en dicho periodo por una serie de circunstancias. Entre ellas, la indisponibilidad, desde el 1 de diciembre de 2013, de los dos grupos de la Central Térmica de Ciclo Combinado de Campo de Gibraltar, de titularidad de Nueva Generadora del Sur, como consecuencia de la decisión judicial de dejar sin efecto la aprobación de una parte del proyecto de ejecución del tramo de línea a 380 kV desde la central de ciclo combinado en San Roque hasta la Subestación de Pinar del Rey, lo que obligó a su desmantelamiento y determinó la imposibilidad de evacuación de la generación de dichos grupos.

Asimismo, otras centrales de la zona, que podrían sustituir a los grupos de Campo de Gibraltar en la solución de las restricciones técnicas (Arcos y Algeciras) tienen un funcionamiento muy reducido por decisión empresarial."

En tercer lugar, aquellos otros indicios que provenían del análisis de los ingresos obtenidos, que revelaban que dicho análisis de los ingresos medios obtenidos por las Centrales de generación revelaba que la Central de Los Barrios obtenía unos ingresos superiores al resto de las instalaciones de carbón de importación en 2014, siendo que, además, la mayor parte de los ingresos de esta Central procedían de la solución de restricciones técnicas.

4. La CNMC considera en su resolución como *HECHOS PROBADOS* los siguientes:

"PRI MERO. Viesgo Generación ha estado asignando a las ofertas de la Central Térmica de Los Barrios al mercado diario, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2014, un precio en promedio de 62,8 euros/MWh, en el que se incluyen 46,8 euros/MWh de costes variables y 16 euros/MWh de costes fijos. Estas ofertas son superiores a las ofertas del mismo periodo de otras centrales de carbón, similares a Los Barrios, y son superiores a los costes variables de la central de Los Barrios.

El precio medio de 62,8 euros/MWh ofertado por la Central Térmica de Los Barrios, así como los componentes del mismo, y su cuantía, resultan reconocidos por la empresa Viesgo Generación en su escrito de 30 de noviembre de 2014, presentado en el curso de la información previa, y resulta un hecho admitido por la sociedad imputada en el expediente sancionador, en tanto que la empresa Viesgo Generación se remite a dicho escrito y a su contenido en sus cuatro escritos de alegaciones (de fecha 25 de enero de 2017, 21 de julio de 2017, 10 de abril de 2018 y 25 de mayo de 2018).

En concreto, en la página 2 de ese escrito de 30 de noviembre de 2014 (folio 4 del expediente administrativo), Viesgo Generación acoge un cuadro sobre la evolución de sus ofertas, recogiendo una trayectoria del precio (para el período 1 de enero de 2014 a 31 de octubre de 2014) situada entre los 60 y 70 euros/MWh, y, más específicamente, en la página 5 de ese escrito (folio 7 del expediente administrativo) identifica expresamente el precio de **62,8 euros/MWh** como precio medio ponderado (PMP) de sus ofertas para el período de tiempo mencionado, el cual incluye 16 euros/MWh de costes fijos, y el resto, de costes variables.

Al incorporar estos costes fijos, los precios ofertados por Los Barrios se sitúan entre los más altos del parque de centrales de carbón del sistema peninsular, a pesar de que ésta es de las centrales de carbón de construcción más reciente, y por tanto de las más modernas y eficientes, se suministra de carbón importado (más barato que el nacional), y está situada en la costa, por lo que sus costes de transporte son inferiores a los de la mayor parte de las centrales de carbón.

Así, se indicaba en la Propuesta de Resolución de este procedimiento (folio 527 del expediente administrativo) con base en un gráfico en el que se mostraba el término variable de la condición de ingresos mínimos de las ofertas complejas de las centrales de carbón de importación (ofertas que, en el caso de Los Barrios, son las más restrictivas, y, por tanto, son las que en la práctica determinarían su casación):

Gráfico 1. Ofertas de las centrales de carbón de importación en 2014. Término variable de la condición de ingresos mínimos.

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado. Nota: Gráfico formulado considerando las ofertas complejas. Centrales: ABO1 (Aboño 1), ABO 2 (Aboño 2), Guardo 1 (Guardo 1), LAD4 (Lada 4), LIT1 (Litoral 1), LIT2 (Litoral 2), Los Barrios (Los Barrios), MEI1 (Meirama 1), Narcea 2 (Narcea 2), PGR1 (As Pontes de García Rodríguez 1), PGR2 (As Pontes de García Rodríguez 2), PGR3 (As Pontes de García Rodríguez 3), PGR4 (As Pontes de García Rodríguez 4), ROB1 (La Robla 1), SRI2 (Soto de Ribera 2).

No obstante, en el Acuerdo de actuaciones complementarias de 25 de abril de 2018, se consideró conveniente comparar la central de Los Barrios con las otras centrales de carbón considerando, en línea con lo expuesto por Viesgo Generación en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, tanto ofertas complejas como ofertas simples, bajo la consideración de que éstas últimas podrían ser más restrictivas en el caso de las otras centrales. Ahora bien, este nuevo análisis confirma también que el valor de las ofertas de Los Barrios sigue siendo de los más altos del parque de carbón (ver folio 677 del expediente administrativo):

Gráfico 2. Ofertas de las centrales de carbón de importación en 2014 considerando las ofertas simples cuando éstas son más restrictivas que las complejas.

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado (folio 677 del expediente administrativo).

Nota: Gráfico formulado considerando para los bloques supramarginales su oferta simple, y para los bloques inframarginales, su oferta simple salvo que la condición de ingresos mínimos de las ofertas complejas aplicados sobre estos bloques resulte más restrictiva.

Si bien, tanto en el gráfico 1 como en el gráfico 2, las ofertas de las centrales de Guardo 1 y Narcea 2 son, en términos generales, superiores a las de Los Barrios, hay que aclarar que no son centrales con costes comparables a los de Los Barrios: Debe destacarse que Guardo 1 no se encuentra en la costa (sino que está situada en la provincia de Palencia), a diferencia de Los Barrios (que está en la línea de costa, en la bahía de Algeciras)², por lo que los costes de logística de carbón de aquélla son objetivamente mayores, y Narcea 2



es una de las centrales de carbón más antiguas³ y tuvo un funcionamiento muy escaso en 2014 (equivalente al 8% de su capacidad).

La inclusión en el análisis de las ofertas simples (gráfico 2) muestra también que la central de La Robla 1, y, puntualmente, la de Soto de Ribera 2, realizan ofertas superiores a las de Los Barrios. Ahora bien, sucede de nuevo que La Robla no está situada en la costa (sino en el municipio de La Robla, en León), y que Soto de Ribera 2 era también muy antigua (de los años 60), habiéndose ya efectuado su cierre.

El análisis de ofertas (considerando tanto ofertas simples como complejas) revela, en cambio, que el valor de las ofertas de Los Barrios es sistemáticamente superior al de las de los grupos de Aboño (1 y 2), al de Lada, Meirama, los cuatro grupos de As Pontes, y los dos de Litoral. Se trata de centrales de carbón de importación con características comparables a las de Los Barrios, situadas próximas a la costa⁵. Todas ellas hacen, sin embargo, ofertas por valores inferiores a las de Los Barrios.

SEGUNDO. La central térmica de los Barrios sólo resulta programada en el PDBF ocasionalmente durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2014⁷, resultando programada por restricciones técnicas prácticamente a diario entre dichas fechas, a pesar de que sus costes variables son inferiores a los ingresos que hubiera obtenido en el mercado diario.

Así resulta de los datos proporcionados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema a esta Comisión, cuya relación figura en los folios 220 y siguientes del expediente y que se reflejan asimismo en el gráfico siguiente.

Esta información pone de manifiesto la programación sistemática de Los Barrios, casi diaria y 24 horas al día, hasta mínimo técnico (170 MW) en el proceso de resolución de restricciones técnicas posterior al mercado diario, completado posteriormente en el mercado intradiario y, en menor medida, en los mercados de balance (gestión de desvíos y energía de regulación terciaria); si bien en los meses de julio, agosto y septiembre, la programación de Los Barrios por restricciones no abarca todas las horas del día.

Gráfico 3. Energía horaria programada por Los Barrios en cada segmento de mercado en 2014

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Sistema.

La C.T. de Los Barrios no resultó programada en el PDBF en muchos días aun cuando los precios del mercado diario estuvieron por encima del coste variable estimado a partir de sus ofertas. En esos días, las ofertas al mercado diario de esta central fueron superiores a dicho importe, determinando su exclusión de la casación, y acaeciendo su posterior inclusión en la programación por restricciones técnicas. La tabla siguiente recoge dichos días (un total de 88 días), comprendidos el periodo de enero de 2014 a octubre 2014 (mes en el que se acuerda el inicio de las actuaciones previas que dan lugar al presente procedimiento sancionador).

Tabla 1. Días en 2014 en los que la central de Los Barrios no resulta despachada en el PDBF, resulta despachada en restricciones técnicas y sus costes variables resultan inferiores al precio del mercado diario, precio medio aritmético del mercado diario, Coste variable, y Ofertas realizadas al mercado diario. €/MWh

FECHA	Precio medio del mercado diario (1)	Coste variable estimado (2)	Ofertas al mercado diario (3)
24/05/2014	46,95	44,3	60,25
27/05/2014	48,96	44,2	60,22
28/05/2014	49,07	44,7	60,66
29/05/2014	48,51	44,3	60,25
30/05/2014	50,19	44,3	60,25
02/06/2014	49,48	44,6	60,62



03/06/2014 51,21 44,3 60,28
10/06/2014 53,19 48,6 64,58
11/06/2014 55,24 48,7 64,66
12/06/2014 58,37 48,6 64,58
13/06/2014 56,90 48,6 64,58
17/06/2014 51,08 48,3 64,26
20/06/2014 62,50 47,3 63,26
22/06/2014 51,16 47,3 63,26
23/06/2014 63,37 47,8 63,77
24/06/2014 64,63 47,8 63,77
25/06/2014 56,32 47,8 63,77
26/06/2014 60,38 47,8 63,77
27/06/2014 62,90 47,8 63,77
30/06/2014 53,45 47,1 63,08
01/07/2014 49,88 47,3 63,30
02/07/2014 51,72 47,8 63,81
03/07/2014 51,94 47,8 63,81
04/07/2014 56,32 47,8 63,81
12/07/2014 44,90 42,4 58,35
13/07/2014 45,12 41,9 57,90
14/07/2014 54,87 41,8 57,78
15/07/2014 56,07 42,1 58,08
16/07/2014 54,80 42,1 58,08
17/07/2014 48,62 42,1 58,08
18/07/2014 51,70 42,1 58,08
21/07/2014 53,95 42,4 58,42
22/07/2014 53,45 42,4 58,42
24/07/2014 54,33 42,4 58,43
25/07/2014 49,08 42,4 58,43
26/07/2014 45,39 42,7 58,69
28/07/2014 46,12 42,6 58,57
29/07/2014 44,88 42,6 58,61
30/07/2014 49,54 42,6 58,58
31/07/2014 54,33 42,4 58,39
01/08/2014 51,43 42,6 58,63
02/08/2014 45,67 42,4 58,38
03/08/2014 46,21 42,4 58,36
04/08/2014 52,94 42,9 58,86
05/08/2014 52,94 42,9 58,86
06/08/2014 51,50 42,9 58,87
07/08/2014 53,25 42,9 58,87



08/08/2014 50,66 42,9 58,87
11/08/2014 50,80 42,9 58,90
12/08/2014 48,50 42,9 58,87
14/08/2014 49,47 42,9 58,90
15/08/2014 45,26 42,9 58,90
18/08/2014 52,40 42,7 58,69
19/08/2014 52,38 42,5 58,50
20/08/2014 54,17 42,5 58,51
21/08/2014 54,65 42,5 58,51
22/08/2014 51,13 42,5 58,51
23/08/2014 48,14 41,9 57,93
24/08/2014 46,82 42,2 58,17
25/08/2014 54,41 41,9 57,95
26/08/2014 48,75 41,9 57,93
27/08/2014 54,35 41,9 57,93
28/08/2014 57,02 41,9 57,93
01/09/2014 54,56 42,9 58,95
02/09/2014 58,61 42,8 58,83
06/09/2014 58,45 43,5 59,48
07/09/2014 52,87 43,0 58,98
11/09/2014 56,70 43,5 59,48
13/09/2014 56,82 44,5 60,48
14/09/2014 54,46 43,5 59,48
16/09/2014 52,21 43,5 59,50
17/09/2014 52,44 43,7 59,68
18/09/2014 54,86 43,5 59,52
19/09/2014 58,57 43,6 59,58
20/09/2014 56,97 44,6 60,59
21/09/2014 56,44 44,6 60,57
24/09/2014 60,05 44,6 60,57
25/09/2014 58,86 44,6 60,57
26/09/2014 60,19 44,1 60,07
27/09/2014 53,92 44,1 60,07
28/09/2014 53,94 44,1 60,07
05/10/2014 47,35 44,3 60,32
06/10/2014 53,46 44,0 60,04
07/10/2014 48,74 44,5 60,46
08/10/2014 48,75 44,8 60,81
09/10/2014 53,93 44,8 60,81
13/10/2014 49,19 44,0 60,02
14/10/2014 56,56 44,1 60,13

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado y el Operador del Sistema (ver folios 214 a 218 del expediente administrativo en lo relativo a las ofertas de Viesgo Generación, y folios 398 a 401, en lo relativo a los precios del mercado) e información aportada por Viesgo Generación (ver folio 7 del expediente administrativo, en lo relativo a los costes de esta empresa).

(1) El precio medio aritmético del mercado diario, calculado como media aritmética de los precios horarios de cada día, se ha utilizado como estimación conservadora de los ingresos que podría haber obtenido la central si hubiera resultado despachada en el PDBF, dado que si esto hubiera ocurrido así, al producir un mayor volumen de energía en los momentos de mayor precio, sus ingresos medios diarios habrían sido superiores al precio medio aritmético del mercado diario.

(2) Coste variable se ha estimado para cada día como diferencia entre el término variable de la condición de ingresos mínimos de la oferta compleja al mercado diario realizada por Los Barrios y el coste fijo medio de la central declarado por el propio Viesgo Generación para el periodo enero octubre 2014 (ver folio 7 del expediente administrativo). (3) Término variable de la condición de ingresos mínimos de la oferta compleja al mercado diario de Viesgo generación (oferta más restrictiva).

Adicionalmente, se ha de destacar que, en varios de los días mencionados, la Central Térmica de Los Barrios no ha resultado programada en el PDBF ni siquiera en los periodos en los que sí han resultado despachadas en el PDBF la mayoría de las centrales de carbón de importación.

En el gráfico siguiente se muestra el despacho en el PDBF de todas las centrales de carbón de importación junto con el precio del mercado diario en 2014: en los periodos donde el precio del mercado diario es muy reducido (primeros cuatro meses del año), el despacho de las centrales de carbón resulta testimonial, mientras que cuando el precio se incrementa (junio-octubre de 2014), resultan despachadas la práctica totalidad de las centrales de carbón de importación. No obstante, el despacho de la central de Los Barrios (señalado en rosa en el gráfico) resulta muy reducido incluso en los periodos de mayor precio.

Gráfico 4. Energía diaria programada por las centrales de carbón de importación en el PDBF junto con el precio medio aritmético del mercado diario

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado y el Operador del Sistema (folios 398 a 401 del expediente).

En concreto, hay 23 días en los que salen despachados en el PDBF todas las centrales que pudieran considerarse de similares características a Los Barrios, y, sin embargo, esta central no sale despachada en ninguno de esos días aun cuando el precio del mercado diario es muy superior a sus costes variables.

Este número ascendería a 68 días y a 80 días, respectivamente, si tomásemos en cuenta el despacho en PDBF del 90% y el 80% de las centrales de similares características. Como centrales de similares características se han considerado las centrales de carbón de importación situadas en la costa o en las proximidades de la costa, exceptuando a Narcea 2, que, tal y como se ha dicho anteriormente, tiene diferentes características técnicas a la de Los Barrios.

Asimismo, de la información sobre la casación del mercado (folios 398 a 401 del expediente), cabe señalar que existen 17 días de la relación de 88 días mencionada en los que incluso llegan a resultar despachadas en el PDBF centrales cuyos costes variables resultan superiores a los de Los Barrios, como Guardo 1 (situada en el interior) y Narcea 2 (mucho más antigua), mientras que Los Barrios no resulta despachada.

Finalmente, cabe destacar que existen tres días (no incluidos en la tabla 1 anterior) correspondientes al mes de junio (18/06/2014, 19/06/2014 y 21/06/2014), en los que la central no resultó despachada en el PDBF a pesar de registrarse precios elevados en el mercado diario, pero tampoco fue despachada posteriormente en el proceso de restricciones técnicas. En dichos días, tras no conseguir resultar despachada en restricciones técnicas, la central presenta unas ofertas al mercado intradiario que aseguran su despacho, aun cuando los ingresos que percibe en ese mercado son similares a los que habría obtenido si hubiera resultado despachada en el PDBF. Este hecho constata su autoexclusión del PDBF.

La tabla siguiente muestra, para esos días, el precio del mercado diario y los ingresos obtenidos por la participación en el mercado intradiario, que como puede apreciarse son similares. Asimismo, se muestra la oferta realizada al mercado diario (que es más elevada que el precio del mercado diario y que los ingresos obtenidos en el mercado intradiario).

Tabla 2. Días en 2014 en los que la central de Los Barrios no resulta despachada en el PDBF ni en restricciones técnicas pero sí resulta posteriormente programada en el mercado intradiario, ingresos obtenidos en el

mercado intradiario, precio medio aritmético del mercado diario, costes variables estimados, y oferta al mercado diario. €/ MWh.

Fecha Precio medio

aritmético mercado

diario Ingresos

medio

intradidario Oferta al

mercado

diario (1) Costes

variables

18-jun 60,43 61,5 63,04 47,0

19-jun 59,52 58,5 63,26 47,3

21-jun 55,25 53,5 63,26 47,3

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado y el Operador del Sistema (ver folios 214 a 218 y 398 a 401).

Gráfico 5. Energía horaria programada por Los Barrios en cada segmento en junio de 2014

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Sistema (folios 221 a 395 del expediente administrativo).

TERCERO. La seguridad de suministro en la zona de Campo de Gibraltar exige que de forma permanente esté acoplado, al menos, un grupo térmico, o dos, para control de tensión, por lo que, siendo necesaria su programación, el Operador del Sistema los despachará por restricciones si no han resultado programados en PDBF (bien casando sus ofertas en el mercado diario, bien declarando la ejecución de un contrato bilateral).

Según la información obrante en el expediente (folios 199 a 212), en la zona de Campo de Gibraltar es necesario disponer de uno o dos grupos para el control de la tensión, según la demanda prevista, e incluso, en algunos días, de un tercer grupo para cubrir la demanda de la tarde en la zona, cuando la producción termosolar disminuye. En esta situación, si no se programan en el PDBF los grupos de la zona, el operador del sistema requiere programar el despacho de alguno de estos grupos en el proceso de restricciones técnicas.

Así, durante el año 2014, todos los días del año excepto dos, fue necesaria la programación por restricciones técnicas de algún grupo en la zona (ver folios 200 a 207). En esos dos días (22 y 23 de septiembre), no resultó necesaria la programación por restricciones de ningún grupo, dado que Los Barrios resultó previamente despachado en el PDBF, en concreto, en el mercado diario (ver folios 347 y 348 del expediente administrativo).

Adicionalmente, cabe señalar que la central de Los Barrios resulta despachada en el proceso de restricciones con una elevada probabilidad. Así, entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2014, resulta despachada el 96% de las ocasiones en las que su despacho es posible, es decir, siempre que está disponible y no ha resultado despachada previamente en el PDBF, alcanzando en algunos meses incluso al 100% (ver folios 200 a 2002 del expediente). Este porcentaje desciende en el global del año al 85,99% declarado por el Operador del Sistema en el informe aportado en el marco de las actuaciones complementarias (ver folio 695 del expediente administrativo), como consecuencia de cierto descenso en el despacho por restricciones que tiene Los Barrios desde finales de octubre de 2014 (ver folios 202 y 203 del expediente administrativo).

Tabla 3. Número de días con programación por restricciones técnicas en la zona de Campo de Gibraltar y número de días en los que, estando disponible y no despachado en el PDBF, resulta programada la central de los Barrios por restricciones técnicas

Etiquetas de fila N° Días con

Programación por

Restricciones

técnicas en la zona

de Campo de

Gibraltar Porcentaje de Días en los que Los Barrios resulta programada por restricciones técnicas

(1)

ene 31 97%

feb 28 96%

mar 31 90%

abr 30 100%

may 31 100%

Jun 30 87%

Jul 31 86%

ago 31 100%

sep 28 100%

oct 31 100%

Total 96%

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Sistema (folios 200 a 203 del expediente administrativo).

(1) Porcentaje de días en los que los que Barrios está programada por restricciones técnicas, estando disponible y no despachada en el PDBF.

CUARTO. Como resultado de la conducta de Viesgo Generación, por los 88 días que resultan identificados en la tabla 1 de los hechos probados, dicha sociedad obtuvo un beneficio de 6.470.512 euros.

Así resulta de los datos puestos a disposición de la CNMC por el Operador del Mercado y por el Operador del Mercado, respecto a los ingresos obtenidos por la C.T. de los Barrios, y que figuran a los folios 403 y siguientes del expediente administrativo.

El comportamiento de Viesgo Generación le ha permitido obtener unos ingresos superiores a los que podría haber obtenido de resultar despachado en el PDBF, en periodos de precios del mercado diario superiores a sus costes variables. El gráfico siguiente, muestra para el año 2014 la comparativa entre los ingresos obtenidos por la central en el proceso de restricciones técnicas y los que habría obtenido si la energía despachada en restricciones técnicas hubiera sido programada en el PDBF.

Gráfico 6. Ingresos medios de las centrales de carbón de importación en restricciones técnicas e ingresos estimados si la central de Los Barrios hubiera resultado casada en el mercado diario.

(...)

Nota: Los ingresos estimados se han valorado suponiendo, para cada hora, que la energía de restricciones técnicas hubiera resultado despachada en el mercado diario. A continuación, se muestra un gráfico en el que se representan los 88 días indicados en la tabla 1 del hecho probado segundo. La diferencia, en esos días, entre los ingresos obtenidos en restricciones técnicas y los que habría obtenido Viesgo Generación si Los Barrios hubiera resultado despachada en el PDBF asciende a un total de 6.470.512 euros.

Gráfico 7. Ingresos medios de las centrales de carbón de importación en restricciones técnicas e ingresos estimados si la central de Los Barrios hubiera resultado casada en el mercado diario.

(...)

Fuente: CNMC, con base en datos del Operador del Mercado y del Operador del Sistema (folios 404 a 408 del expediente administrativo).

El tipo infractor en el que la resolución impugnada subsume los anteriores hechos probados es el previsto como infracción grave, por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en su artículo 65, apartado 34: "La presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado". Señalando que se trata de una actuación consciente de Viesgo Generación, mantenida durante el período de tiempo que se concreta



entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2014, consistente en presentar ofertas excesivamente altas, se sabía que no podían resultar casadas, con el objeto de que la producción de la Central de Los Barrios resultara incluida en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas, para poder así percibir el precio de las ofertas realizadas a este segmento del mercado (solución de restricciones).

Se analiza en la resolución impugnada el contexto de restricciones en la zona de Campo de Gibraltar, poniendo de relieve, en concreto, lo siguiente:

"De acuerdo con el Hecho Probado tercero, en la zona de Campo de Gibraltar (Cádiz) la seguridad de suministro zonal exige, por razones de control de tensión, disponer de forma permanente de un grupo térmico acoplado o dos grupos, según la demanda prevista. En determinados días es necesario, además, un tercer grupo para cobertura de la demanda de la tarde en la zona en las horas en que disminuye la producción termosolar.

Las centrales térmicas disponibles en la zona de Campo de Gibraltar son, además de la central térmica de los Barrios que utiliza como energía primaria carbón importado, cinco centrales de ciclo combinado que utilizan como energía primaria gas natural, y cuya titularidad pertenece a cuatro empresas diferentes: Iberdrola (titular de la central de Arcos, con 3 grupos), Gas Natural Fenosa (titular de San Roque grupo 1 y Málaga grupo 1), Endesa (titular de San Roque grupo 2) y Viesgo (titular de Algeciras, con 2 grupos). Así lo pone de relieve el Operador del Sistema en su contestación al requerimiento practicado en las actuaciones complementarias (ver folio 694 del expediente administrativo), en el que explica que excluye los grupos de la central de Campo de Gibraltar, que también se localiza en la zona, porque estuvieron indisponibles entre el 8 de diciembre de 2013 y el 17 de abril de 2017.

Al dejar de funcionar por decisión empresarial los ciclos combinados de Arcos (Iberdrola) y Algeciras (Viesgo) durante el año 2014, los grupos térmicos a disposición del Operador del Sistema para solucionar los problemas de seguridad de suministro en la zona, son únicamente el grupo de San Roque 1 y la C.T.C.C. de Málaga (de Gas Natural Fenosa), la C.T. de carbón importado de Los Barrios (de Viesgo) y el grupo de San Roque 2 (de Endesa).

Como consecuencia de ello, las empresas titulares de las instalaciones mencionadas conocen previamente que si sus centrales no resultan programadas en el Programa Diario Base de Funcionamiento (PDBF) como resultado de la casación de sus ofertas en el mercado diario, existe una alta probabilidad de que sean llamadas para su programación por restricciones técnicas. En concreto, Los Barrios es llamado por restricciones en el 85,99 % de los casos en 2014 (folio 695 del expediente administrativo).

Esta situación determina que sea posible la aplicación de estrategias empresariales de autoexclusión de la casación de sus centrales en el mercado diario, mediante la presentación de ofertas a precios elevados, con la alta probabilidad de que tales centrales resulten programadas por restricciones técnicas, y con la garantía, en este caso, de que ingresarán por su producción programada en restricciones el precio de sus ofertas, al que se da un precio mayor que el del mercado diario.

De los mencionados 4 grupos disponibles (San Roque 1 y 2, Málaga 1 y Los Barrios), este último es el más económico, por ser el único de carbón, tecnología que en 2014 ha estado por debajo de la tecnología de los ciclos combinados en el orden de mérito de las ofertas, tal y como se puede apreciar en el gráfico siguiente. Resulta pues, lógico, que Los Barrios sea programado todos los días por restricciones técnicas una vez que no resulta despachado en el PDBF. Esta situación queda constatada en el Hecho Probado tercero, dado que todos los días del periodo enero-octubre 2014 fue necesaria acudir a la programación por restricciones técnicas en esa zona (salvo en dos días en los resultó previamente despachada en el PDBF la central de Los Barrios)."

Señalando la CNMC, adicionalmente, que la Central había resultado despachada en el proceso de restricciones técnicas en el 96% de los días del período analizado (enero de 2014 a octubre de 2014).

Continúa la resolución impugnada analizando el comportamiento de las centrales de carbón importado, subrayando que Los Barrios presenta en 2014 el valor más alto de todo el parque, motivado por su elevada programación por restricciones técnicas y también el efecto sobre el despacho de la Centra de Los Barrios subrayando que:

"En el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 24 de mayo, el precio del mercado diario estuvo, en general, por debajo de la cifra de 46,8 euros, cifra que corresponde con el importe de los costes variables medios de Los Barrios, según ha declarado su titular (folio 7 del expediente administrativo). Durante dicho periodo no existió oportunidad de que, con las ofertas de Viesgo Generación, se alterase el despacho de generación, sin perjuicio de que sus ofertas no fueran las normales que debería realizar una central de sus características en un mercado competitivo.

Para el periodo que se inicia el 24 de mayo, en cambio, el precio del mercado ha resultado superior al mencionado importe de 46,8 euros/MWh. Por ello es indiscutible que, si las ofertas de Viesgo Generación se



hubieran atendido al límite de sus costes variables, hubieran podido resultar casadas, al menos en los días y por los periodos horarios en los que la casación tuvo lugar por un importe superior al de tales ofertas (88 días).

Para este periodo, y, en concreto, por esos 88 días que se identifican en el Hecho Probado segundo, el comportamiento de Viesgo Generación dio lugar a una efectiva alteración de la casación y del despacho de generación. Dicha alteración en esos días consiste en que la falta de despacho de esta central en el PDBF provoca el despacho de otra central más cara en el mercado diario (para cubrir la demanda), y la necesaria programación (para resolver las restricciones de la zona de Campo de Gibraltar) de una central que garantice la seguridad de suministro en la zona, central que, con una alta probabilidad, termina siendo Los Barrios.

Prueba de la intención de Los Barrios de alterar el despacho económicamente eficiente, es que, en aquellos días en los que la central no consigue resultar despachada en el proceso de restricciones técnicas, procede a incorporar unas ofertas al mercado posterior -el mercado intradiario-, lo que le asegura su funcionamiento. Este hecho se produce a pesar de que el precio del mercado intradiario es similar al diario (del que se autoexcluyó con el objeto de ser llamado por restricciones), tal y como se indica en el Hecho Probado tercero.

En esos días, su programación en mercados posteriores diferentes al de restricciones muestra que unos ingresos similares al mercado diario le resultan suficientes para cubrir sus costes variables y obtener un beneficio por ello, por lo que su falta del despacho en el PDBF no estaría justificada.

Pues bien, por lo que se refiere al período que se inicia el 24 de mayo de 2014 es posible cuantificar el impacto económico del comportamiento infractor de Viesgo Generación, en tanto que el mismo le ha permitido obtener unos ingresos superiores a los que debería haber obtenido de resultar despachado en el PDBF, teniendo en cuenta las fechas en las que sus costes variables resultaron inferiores al precio del mercado diario. En concreto, partiendo de los días indicados en tabla 1 del Hecho Probado segundo, y estimando el impacto económico del comportamiento de Viesgo Generación como la diferencia, para cada hora, del ingreso obtenido por la central en el mercado de restricciones y la energía programada en restricciones técnicas valorada el precio del mercado diario, se obtiene un importe de 6.470.512 euros, tal y como se ha indicado en el Hecho Probado cuarto.

Este mayor beneficio obtenido por Viesgo Generación ha supuesto un incremento en igual cuantía del coste que el proceso de restricciones técnicas ha representado para la demanda (esto es, para los comercializadores que compran la energía en el mercado, para suministrarla a los consumidores).

Todo ello, sin perjuicio del incremento de precio diario que haya podido suponer la falta del despacho de la central en el PDBF.

Finalmente, debe señalarse, en línea con lo que indicó la Propuesta de Resolución, que el tipo infractor contemplado en el artículo 65. 34 de la LSE, define un comportamiento en el que, como elemento constitutivo del mismo, se contempla la finalidad perseguida ("*...con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado*"). Es decir, el legislador sanciona un comportamiento orientado a un objetivo, pero no exige que se haya alcanzado dicho objetivo para considerar consumado el comportamiento infractor; en otros términos: no es una infracción de resultado.

Por ello, resulta sancionable, en el marco de dicho precepto, el comportamiento probado de Viesgo Generación, desde 1 de enero de 2014 hasta 31 de octubre de 2014, con independencia de que, por los diferentes precios de casación del mercado -los cuales no dependen de la voluntad del sujeto infractor-, los resultados de dicho comportamiento no hayan sido los mismos en los diferentes periodos contemplados. Ahora bien, el resultado del comportamiento de Viesgo Generación para los 88 días antes mencionados (comprendidos en el período entre el 24 de mayo y el 31 de octubre) sí debe ser tenido en cuenta, en cambio, a los efectos de evaluar el beneficio obtenido, y la cuantificación de la sanción, lo que se hará en sucesivos fundamentos jurídicos."

En tercer lugar, se analiza la culpabilidad en la comisión de la infracción, afirmando que se trata de un comportamiento doloso por definición en la medida en que la intención del autor es parte de la definición del tipo, considerando que en este caso la empresa sancionada es consciente de la necesidad que existe de la programación de su Central, siendo consciente, en concreto de que "*si no casa en el diario, se le llamará con toda probabilidad por restricciones técnicas. Esta probabilidad de ser llamado por restricciones es muy alta: del 85,9% en el global del año 2014; incluso es mayor en el período objeto de imputación: 96%*".

A continuación se consideran todas y cada una de las alegaciones de Viesgo Generación relativas a la propuesta de resolución y a las actuaciones complementarias practicadas tanto en relación a la infracción imputada como en relación a la sanción que finalmente fue impuesta en la cuantía prevista en el artículo 67.1 de la Ley 24/2014 para las infracciones graves, indicando la CNMC en su resolución las circunstancias, por último, que llevaron a la cuantificación de la multa impuesta y, particularmente, el beneficio obtenido por Viesgo Generación por medio de la conducta imputada que superaba los 6.000.000 de euros (importe máximo

aplicable a las infracciones graves), lo que le llevó en último término a imponer la sanción de 6.000.000 de euros.

5. En la demanda se pretende la anulación de la sanción impuesta por la CNMC alegando, en primer término, la vulneración del principio de tipicidad, pues niega la recurrente la comisión de la infracción.

Y, subsidiariamente, se alega que la resolución de la CNMC es inválida, pues, conforme a lo establecido en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, la sanción a imponer debe ser por un importe de 600.001 euros, sustancialmente inferior al importe de 6.000.000 de euros fijado en dicha resolución.

En concreto, la demandante comienza por negar la comisión de la infracción grave que se le imputa, alegando que la resolución de la CNMC vulnera el principio de tipicidad. Y ello sobre una doble negación: en primer término, la de realización de ofertas con valores anormales o desproporcionados; y ello sobre la base de una extensa y prolija argumentación basada en la Teoría Económica que se sustenta en el informe pericial que se aporta con la demanda, realizado por KPMG Asesores, S.L. y del que derivan las siguientes conclusiones en relación con la razonabilidad y normalidad de las ofertas realizadas por Viesgo en el mercado diario para la Central Los Barrios entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2014; a saber:

. El mercado eléctrico español es un mercado secuencial que incluye una cadena de múltiples segmentos de mercado con diferentes reglas y horarios, en los que los agentes optimizan su estrategia global de ofertas bajo incertidumbre.

. De acuerdo con la Teoría Económica, dicha optimización implica que un agente racional ofertará sus costes de oportunidad en cada uno de estos segmentos de mercado, que en general es diferente en cada uno de ellos.

. Por lo tanto, la premisa utilizada por la CNMC en la Resolución de que las ofertas de una central de carbón deben reflejar solo el coste variable de producción para no ser consideradas anormales o desproporcionadas es incorrecta en general, siendo esta premisa propia de modelos teóricos (mercado aislado de solo energía en competencia perfecta) que no se corresponden con la realidad del mercado eléctrico español.

. Por este motivo la regulación relativa a la participación en el mercado de producción a través de ofertas no obliga y ni siquiera hace referencia a que las ofertas al mercado diario deban estar basadas o reflejar los costes variables de explotación de las centrales, o cualesquiera otros.

. En el caso de Viesgo cuando hace sus ofertas de venta de la producción de la CT Los Barrios en el mercado diario, el coste de oportunidad en sus ofertas al mercado diario refleja las expectativas de ingresos en el mercado de restricciones, en el que tiene una probabilidad de ser programada.

. Esta probabilidad nunca puede ser una certeza absoluta ya que (i) la decisión sobre la programación de centrales en restricciones es potestad del Operador del Sistema en base a criterios técnicos y económicos y (ii) la CT Los Barrios compite en el mercado de restricciones con siete centrales pertenecientes a cuatro grupos empresariales.

. La razonabilidad de las ofertas al mercado diario de la CT Los Barrios no puede establecerse a través de su comparación con los costes variables de explotación, ya que estos no son representativos de su coste de oportunidad. Esta razonabilidad debe valorarse mediante el análisis de los ingresos logrados por la central en relación con sus costes incurridos, tanto de naturaleza fija como variable.

. En este sentido, los ingresos calculados por la CNMC (a pesar de existir una incoherencia en el periodo temporal utilizado), aunque son superiores a los costes totales declarados por Viesgo, están alineados con ellos y en cualquier caso esta diferencia a nuestro juicio y en base a la práctica en materia de precios abusivos, no encajaría en un supuesto de anormalidad y desproporción.

En segundo término, la recurrente sostiene que no ha realizado ofertas con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado. Se discute, así, también en la demanda la concurrencia del segundo elemento del tipo infractor del artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, pues se niega que VIESGO haya realizado ofertas con ese objeto de alterar indebidamente el despacho y se alega, a su vez, que por parte de la CNMC no se ha probado el hecho del cual pretende deducir la concurrencia de este segundo elemento del tipo, esto es *"la certeza que hay (por parte de VIESGO) en ser llamado por restricciones es incuestionable"*. Señala también que en el Campo de Gibraltar hubo siete unidades de producción disponibles, con un total de ocho unidades de producción a efectos de su posible programación para una necesidad por restricciones técnicas, añadiendo que, además, la decisión última sobre la participación de la central de Los Barrios en el proceso de restricciones técnicas no le corresponde a VIESGO, sino al Operador del Sistema.

Subsidiariamente, en la demanda se aduce que la resolución impugnada es inválida, pues, conforme a lo establecido en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, la sanción a imponer a VIESGO debe ser por un importe de



600.001 euros, cantidad ésta sustancialmente inferior al importe de 6.000.000 de euros fijado en la resolución impugnada.

6. El Abogado del Estado en su contestación considera, en primer término, que la conducta de VIEGO reúne los dos elementos del tipo previsto en el artículo 65. 34 LSE, pues se hicieron ofertas desproporcionadas comparadas con los costes marginales de esta Central y comparadas, asimismo, con las ofertas de sus competidores (las centrales de carbón de importación similares a Los Barrios, que presentan ofertas a precios más bajos, lo que les permite ser casadas en el mercado y despacharse en el programa diario básico de funcionamiento).

Asimismo considera el Abogado del Estado que concurre el segundo de los elementos del tipo, pues se pretendió alterar el despacho, a sabiendas de que la programación de dicha central se produciría por restricciones técnicas (algo que efectivamente tiene lugar en el 96% de las ocasiones en el período considerado).

A lo que añade que VIESGO con su conducta llevó a cabo una alteración efectiva del despacho en todos aquellos días en que el precio de mercado se situó por encima de los costes marginales de su central, siendo llamada por restricciones y obteniendo un precio muy superior a la de la casación del mercado diario.

Subraya que la diferencia entre el precio obtenido por restricciones y el que se habría obtenido por la casación en el mercado determina un beneficio ilícito de 6.470.512 euros.

También la Abogacía del Estado se sirve de los razonamientos y conclusiones de un informe técnico, éste el emitido por la Dirección de Energía de la CNMC, de 7 de marzo de 2019, relativo a las cuestiones planteadas por el informe pericial anteriormente citado aportado por la demandante y en el que se da amplia razón sobre que el hecho de que ofertar por encima de los costes marginales carece de racionalidad económica en un mercado competitivo y marginalista como el que nos ocupa. El informe fue también ratificado a presencia judicial en el trámite probatorio al efecto conferido.

Por último, se combate también en la contestación a la demanda la alegada improcedencia de la cuantificación del importe de la sanción que, como argumento subsidiario, se aduce en la demanda cuando se solicita la rebaja de la sanción impuesta.

7. El debate, así, ha quedado centrado de manera preferente y sustancial, sobre la tipicidad de la infracción.

El tipo en cuestión es una novedad de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico que considera infracción grave, en su artículo 65. 34:

"L a presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado".

La infracción así configurada por primera vez en la Ley 24/2013, sin precedente en la normativa anterior de 1997, forma parte de un grupo de comportamientos sancionables o tipos de infracción mediante los cuales el Legislador, atendiendo a las peculiaridades del mercado organizado de producción de electricidad en España, ha buscado la prevención y corrección de comportamientos que son susceptibles de provocar distorsiones en determinados segmentos del mercado, como en el despacho por restricciones técnicas o en el precio de los servicios de ajuste, por el manifiesto perjuicio al interés público que este tipo de conductas conllevan.

El tipo infractor gira en torno a dos elementos, ambos discutidos por la recurrente; a saber: uno, de carácter objetivo, la presentación de ofertas con valores calificados de anormales o desproporcionados (calificación que, como luego se verá, reclama su comparación y contraste con lo que se consideran valores normales o proporcionados); y, dos, el elemento finalístico de presentar esas ofertas con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación (elemento subjetivo del tipo).

Ambos elementos del tipo se analizan a continuación.

8. Carácter desproporcionado de las ofertas.

Partiendo de la premisa de que el mercado eléctrico español es un mercado secuencial que incluye una cadena de múltiples segmentos de mercado con diferentes normas y horarios y en el que los agentes pueden optimizar su estrategia global de ofertas bajo incertidumbre, la actora centra su argumentación en que, de una parte, las centrales no pueden ofertar a costes variables pues entonces no podrían recuperar sus costes fijos y, de otra, que las centrales deben incluir en sus ofertas al mercado diario el "coste de oportunidad" de los ingresos esperados en el proceso de restricciones.

Pero lo relevante aquí no es tanto si la normativa sectorial permite o no expresamente la inclusión de los costes fijos en las ofertas (lo que según la recurrente estaría avalado por la normativa, por la jurisprudencia y por



la teoría económica) sino las ofertas en sí mismas consideradas, no los precios, ya que la particularidad del mercado marginalista es que los precios de casación resultan de la oferta más cara necesaria para cubrir la demanda. La diferencia entre los costes marginales de las centrales y el precio de mercado es lo que permite la recuperación de sus costes fijos. En cualquier caso, y en ello están de acuerdo ambas partes, lo relevante para definir las ofertas son los costes de oportunidad de la empresa. La recurrente afirma que las empresas deben ofertar con sus costes de oportunidad y no con sus costes variables. Así, con razón afirma la actora, el coste de oportunidad de una central *"puede corresponder a su coste variable unitario o ser distinto, en función de las especificidades de las centrales y mercado analizados"*. Planteamiento que es aceptado por la Administración y esa es la razón por la que en la resolución impugnada la CNMC utiliza, como referencia de comparación, los costes variables aportados por la propia empresa calculados teniendo en cuenta la cotización de la principal referencia europea de cotización en el mercado spot del precio del carbón (folio 4 del expediente); es decir se manejan en definitiva costes variables de oportunidad.

Ahora bien, lo que no podemos aceptar es que la expectativa de ingresos en el segmento de restricciones técnicas pueda considerarse un coste de oportunidad legítimo de la recurrente. La Administración demandada acepta que *"para formar su oferta, los agentes racionales toman en cuenta su coste de oportunidad, es decir, las ganancias potenciales que puedan conseguir en otros mercados"*. Utilizando este argumento, la actora justifica las ofertas al mercado diario de la Central del caso ante la expectativa de mayores ingresos que pudiera obtener en el mercado de restricciones técnicas (página 50 del informe de KPMG). Lo anterior, no obstante, la expectativa de ingresos en el segmento de restricciones técnicas en ningún caso puede considerarse un coste de oportunidad legítimo. Y ello porque, como bien se explica en el informe técnico de la CNMC, a diferencia de los mercados de operación donde la central proporciona un servicio que requiere el sistema, la propia central contribuye esencialmente a la necesidad de programación de restricciones técnicas en la zona, al no resultar despachada previamente en el mercado diario. Por tanto, la existencia de una expectativa de ingresos mayores es generada por la propia acción de la recurrente al decidir ofertar de acuerdo con un comportamiento no competitivo, sabiendo, además, que cuenta con una alta probabilidad de resultar despacho por restricciones (página 10 del Informe).

Baste recordar el hecho probado ocurrido durante el año 2014: todos los días del año excepto dos, fue necesaria la programación por restricciones técnicas de algún grupo en la zona. En esos dos días (22 y 23 de septiembre), no resultó necesaria la programación por restricciones, coincidiendo precisamente con que Los Barrios resultó previamente despachada en el mercado diario.

Tampoco podemos aceptar la comparativa propuesta por la recurrente para justificar la alegación de que la regulación del sector eléctrico garantiza la recuperación de todos los costes eficientes ya que, como bien se indica por la Dirección de Energía de la CNMC (página 13 del Informe) la actividad de generación es una actividad en libre competencia, a diferencia de otras actividades reguladas como el transporte, la distribución o la producción con energías renovables a las que se refiere la recurrente y, por tanto, no cabe que los mecanismos de mercado previstos, orientados únicamente a conseguir un despacho eficiente y competitivo, tengan que garantizar su retribución. Y, en cualquier caso, la recuperación de costes no puede efectuarse mediante conductas tipificadas como infracción administrativa.

Por último, tampoco la recurrente justifica el carácter proporcionado de sus ofertas, cuando afirma en su demanda que no se apartan de las realizadas por algunos otros agentes titulares de instalaciones de carbón. Antes al contrario, y tal como correctamente se indica en la resolución recurrida, para justificar el valor de sus ofertas la actora recurre a centrales de carbón de características muy diferentes a Los Barrios. Así, cuando compara con dos centrales situadas en el interior (ubicadas junto a las cuencas mineras de León y Palencia, en un momento en el que el combustible era carbón nacional, pero que ahora se ven obligadas a costear el transporte de carbón -importado- desde los puertos de la costa hasta el lugar de ubicación de tales centrales), siendo clara que por la asunción de un importante coste de transporte adolecen de falta de eficiencia. Tampoco resulta de recibo la comparación con las otras dos centrales (Narcea 2 y Soto de Ribera 2), mucho más antiguas que Los Barrios (fueron construidas en los años 60, y una de ellas tuvo un funcionamiento escaso en 2014, mientras que la otra está cerrada desde el 31 de diciembre de 2015), falta de eficiencia de estas dos centrales debida a motivos técnicos al emplear una tecnología muy antigua.

Todo ello revela, en definitiva, la corrección del criterio de la CNMC utilizado en la resolución impugnada de no considerar comparables estas centrales con la de la demandante. Y lo mismo ocurre cuando considera las centrales de carbón de importación similares a Los Barrios (los grupos de Aboño 1 y 2, el de Lada, Meirama, los cuatro grupos de As Pontes y los dos de Litoral), comprobación que claramente pone de manifiesto que el valor de las ofertas de Los Barrios es sistemáticamente superior al de las competidoras.



En conclusión, desde ambas perspectivas analizadas, se confirma el carácter desproporcionado de las ofertas de la recurrente y con ello también la concurrencia del primero de los elementos del tipo de la infracción administrativa que venimos analizando.

9. Propósito de alterar el despacho.

También niega la recurrente la concurrencia de este segundo elemento del tipo de la infracción sancionada; esto es: haber realizado ofertas con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la tasación del mercado. Se discute así la concurrencia del segundo elemento del tipo infractor, ya que entiende la demandante que la ofertas no se presentaron con el fin de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación, que, además, por parte de la CNMC se haya probado el hecho del cual pretende deducir, mediante una prueba de presunciones, la concurrencia de este otro elemento del tipo. En este sentido se subraya en la demanda la existencia durante 2014 en la zona de Cádiz (Campo de Gibraltar) de hasta siete unidades de producción disponibles, más la Central de ciclo combinado de Málaga, con un total de ocho unidades de producción disponibles a efectos de su posible programación para una necesidad por restricciones técnicas. Y, de ahí que la actora entienda que no puede considerarse indiscutible que VIESGO conociera, con una "certeza incuestionable" según la CNMC, que su Central de Los Barrios iba a ser requerida por el Operador del Sistema en el proceso de restricciones técnicas.

Sin embargo, la Sala no puede compartir tal planteamiento y debe ser también afirmativo el juicio de tipicidad que se nos plantea en lo que se refiere a este segundo elemento incorporado al tipo subjetivo.

En efecto, no se trata de juicios de intenciones ni de certezas absolutas, sino de inferir razonablemente de los hechos probados la concurrencia de tal propósito. Ciertamente es -saliendo al paso de las alegaciones de la actora sobre la presunción de inocencia- que la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional viene declarando, desde antiguo, que tal presunción abarca no sólo el plano de los hechos sino también el de la culpabilidad, dado que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción (por todas, SSTC 76/1990, FJ 8 B y 169/1998, FJ 2). El elemento subjetivo se encuentra, por tanto, en el ámbito funcional de la presunción de inocencia, y éste es precisamente el planteamiento de la recurrente desde la vía administrativa.

Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 174/1985, 175/1985, entre otras) y la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (por todas, STS de 19 de junio de 2015, recurso de casación 649/2013) puede afirmarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los hechos probados, se ha llegado a la conclusión de que el sancionado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el juicio deductivo es arbitrario, irracional o absurdo; esto es, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al entender que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina, podemos afirmar que en este caso la CNMC sobre la base de los *HECHOS PROBADOS* que se contienen en su resolución en la extensa documentación que obra en el expediente, razona adecuadamente sobre la conciencia de la necesidad que existe de la programación de la Central de la recurrente y la alta probabilidad, o por mejor decir, "muy alta": del 85,9% en el global del año 2014, incluso mayor en el período objeto de la imputación: **96%**, siendo en tal contexto en el que la recurrente realiza unas ofertas al mercado diario desproporcionadas para una Central de sus características (ofertas sólo superadas por alguna de las Centrales de carbón de interior -que han de asumir los correspondientes costes del transporte del combustible- o por Centrales mucho más antiguas -menos eficientes-) provocando el efecto de autoexcluirse de manera sistemática, continua y reiterada de la casación del mercado diario. Además, para los escasos supuestos en los que la repetida central no es llamada por restricciones, la recurrente "sabe que cuenta aún con la oportunidad del intradiario. De hecho, el comportamiento de Viesgo Generación en el mercado intradiario, que queda patente en el Hecho Probado Segundo, revela también el carácter anormal que tienen las ofertas de esta empresa al mercado diario. Todo ello refleja una intencionalidad de tipo doloso".

Pero, además, esos hechos tomados en cuenta por la Administración que tienen apoyo en la prueba obrante en el expediente administrativo, han sido ratificados en la prueba pericial practicada a instancia de la propia Administración y, especialmente y por lo que ahora interesa, el grado de certidumbre de la Central de ser llamada por restricciones técnicas, siendo éste muy elevado porque:



- En el Campo de Gibraltar es necesario convocar restricciones técnicas casi todos los días del año.
- Es una Central de carbón importado, única en la zona, muchos más competitiva que el resto de Centrales que son de ciclo combinado.
- Es capaz de prever con elevada precisión, atendiendo a las condiciones de oferta de un determinado día, cuáles van a ser las del día siguiente y, por tanto, por encima de qué precio tiene que ofertar para autoexcluirse del mercado diario ello, junto a lo ya razonado sobre las ofertas desproporcionadas en comparación con otras Centrales de características similares, es lo que determinó que, de hecho, el mercado de restricciones técnicas (mercado de simple ajuste y mucho más lucrativo que el diario), se convirtiera para Los Barrios en un mercado ordinario en el período considerado, pudiéndose afirmar, en definitiva, que la vista de lo acontecido esa decisión prácticamente estaba exenta de riesgo, porque los poquísimos casos en los que no resultó despachada en el mercado de restricciones técnicas, tuvo la opción (que efectivamente ejercitó) de acudir al mercado intradiario y cubrir ciertos costes (prácticamente los mismos que habría podido cubrir en el diario).

En definitiva, no sólo por ser Los Barrios la única central de carbón de la zona y su coste marginal mucho más barato que el resto de centrales, sino por el altísimo porcentaje de casos (96%) en el que la central en cuestión resultó despachada en restricciones técnicas puede afirmarse que, en efecto, la posibilidad de ser llamada es tan alta que es prácticamente equiparable a la certidumbre. De hecho, hubo varios meses en los que fue llamada por restricciones todos y cada uno de los días del mes, no pudiéndose desconocer esa *cuasi certeza* de ser llamada al día siguiente a dicho mercado secundario, como efectivamente aconteció al resultar Los Barrios despachada el 96% de las ocasiones entre enero y octubre de 2014. Y en las que no resultó despachada (4% de los casos) el riesgo de hecho desaparecía ante la posibilidad de acudir -como también así aconteció- al mercado intradiario y cubrir ciertos costes. Al respecto resultan relevadoras las afirmaciones de los peritos, sobre la posibilidad de ser casada en el mercado intradiario y la total seguridad a la hora de ofertar unos precios elevados en el mercado diario para, en definitiva, autoexcluirse de este último.

Y todo ello con la consiguiente alteración del despacho, en cuanto que debió resultar despachada otra central menos eficiente económicamente y, por consiguiente, con un sobre coste respecto al despacho en mercado diario y, en definitiva, un mayor precio de la energía, un mayor coste para el sistema y para los consumidores.

10. El último, y subsidiario, motivo de recurso se refiere a cuantificación del importe de la sanción, solicitando la recurrente la rebaja de la cuantía de la multa impuesta de 6.000.000 de euros a la cantidad de 600.001 euros.

En la demanda se alega que, frente a la única agravante existente (supuesto beneficio obtenido) existen hasta cinco atenuantes del artículo 67.4 de la Ley 24/2013; en concreto: a) no ha existido peligro resultante de la infracción para la vida y la salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente; b) no ha habido daño o deterioro importante causado a terceros; c) no han existido perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro; f) no existe reincidencia; y la de la letra g) no ha existido impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

La Sala no puede acoger las circunstancias atenuantes que invoca la parte recurrente.

La Ley 24/2013 que, como decíamos incorporó por primera vez la infracción que hemos analizado al catálogo que contemplaba la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, justifica -en su Exposición de Motivos- la inclusión de nuevas infracciones precisamente por el impacto negativo en la sostenibilidad económica y en el funcionamiento del sistema eléctrico. También se revisó precisamente la cuantía de las sanciones.

Pues bien, y frente a lo que en la demanda se sostiene, la ley ha previsto -artículo 67.4- que en todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites que indica, "*se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios*", entre otros -en el apartado d)- "*El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma*". Esto es, el criterio del beneficio obtenido, al igual que el resto de circunstancias invocadas por la demandante, no están previstos como tales agravantes o atenuantes de forma separada (pues pueden actuar de ambas formas) sino para alcanzar la proporcionalidad o adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, dentro de los límites máximos que la propia ley detalla en cada una de las tres categorías de infracciones que establece.

Sentado ello, la Sala considera adecuada la ponderación de las específicas circunstancias concurrentes en este caso por la CNMC en su resolución, particularmente, cuando para llevar a cabo la cuantificación de la multa tiene en cuenta el beneficio obtenido por Viesgo Generación que supera los 6.000.000 de euros (importe máximo aplicable a las infracciones graves con arreglo al artículo 67.1 de la Ley 24/2013, de una parte y, de otra, desestima cualquier otra de las circunstancias alegadas como "atenuantes", cuando entiende, correctamente a juicio también de esta Sala, que han de tenerse en cuenta aquellos criterios que se corresponden con la naturaleza de la infracción cometida, que, en este caso, es una alteración del despacho del mercado que ninguna relación guarda con hechos que pudieran implicar riesgo para la vida o la seguridad de las personas, ni



con daños al medio ambiente, etc. y sí que, sin embargo, cobra especial relevancia la intencionalidad a la que antes nos referíamos al tratar del propósito de alterar indebidamente el despacho o la casación del mercado (elemento subjetivo incorporado al tipo del injusto) y el daño inherente a la conducta seguida en este caso, a la que antes también nos referíamos, asociada, en definitiva, al incremento del precio de la electricidad y subsiguiente impacto en los consumidores.

Todo ello ha de llevar a la íntegra desestimación del recurso.

11. Las costas se impondrán a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **711/2018** interpuesto por la representación procesal de la mercantil **VIESGO PRODUCCIÓN S.L.U.**, contra la resolución reseñada en el fundamento jurídico primero de esta sentencia que confirmamos por su conformidad a Derecho.

Con imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.