



Roj: **SAN 1075/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1075**

Id Cendoj: **28079230042018100102**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **295/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000295 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02007/2016

Demandante: CEMENTOS TUDELA VEGUÍN, S.A

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

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. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a siete de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **295/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **CEMENTOS TUDELA VEGUÍN, S.A** representada por la Procuradora D^a **Marta Hernández Torrego** y asistida del Letrado D. Ignacio González Menéndez frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, contra el Acuerdo de 17 de febrero de 2016, adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que desestima el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por dicha entidad frente al Operador del Sistema en relación con la penalización retributiva, en el marco del servicio de interrumpibilidad, por insuficiencia de precisión en la comunicación del Programa de consumo correspondiente al mes de enero de 2015; siendo demandada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 18 de abril de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 6 de mayo de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 1 de septiembre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte sentencia por la que acogiendo las pretensiones del recurrente frente a la resolución de 17 de febrero de 2016, reseñada, declare la nulidad de ésta, por no ser conforme a Derecho, con todo lo demás que, de ello, sea consecuencia en Derecho y con imposición de las costas procesales a la Administración demandada>>

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 28 de noviembre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO. - El Procurador D. Jacinto Gómez Simón, en representación de Red Eléctrica de España, S.A, que ha comparecido como parte codemandada, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 5 de enero de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

QUINTO. - Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que fue fijado para el día 28 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

SEXTO. - La cuantía del recurso se ha fijado en 80.704,17 €

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad CEMENTOS TUDELA VEGUÍN, S.A (en adelante, CEMENTOS TUDELA) interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de 17 de febrero de 2016, adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que desestima el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por dicha entidad frente al Operador del Sistema en relación con la penalización retributiva, en el marco del servicio de interrumpibilidad, por insuficiencia de precisión en la comunicación del Programa de consumo correspondiente al mes de enero de 2015. En consecuencia, confirma la actuación del Operador del Sistema y la procedencia de la penalización impuesta.

Los antecedentes fácticos de los que parte esta resolución y que son relevantes para resolver la cuestión que se plantea, son los siguientes:

1.- CEMENTOS TUDELA es un proveedor del servicio de interrumpibilidad, en los términos establecidos en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad. En concreto, resultó adjudicataria, en la subasta organizada por el Operador del Sistema y celebrada en el mes de noviembre de 2014 en Madrid, de dos unidades del recurso de 5 MW para la temporada eléctrica de 2015

2.- Por la prestación de este servicio, los proveedores perciben una retribución económica constituida por dos términos, uno de ellos fijo asociado a la disponibilidad de potencia y el otro, variable asociado a la efectiva ejecución de la interrupción.

3.- La asunción del compromiso de proveedor del servicio de interrumpibilidad y la consiguiente percepción de una retribución económica corresponden un conjunto de obligaciones, concretadas tanto en el cumplimiento de unas condiciones previas para obtener la habilitación para su prestación, como en resultar adjudicatario en el mecanismo competitivo de asignación y en la acreditación del cumplimiento posterior de unos requisitos para cada periodo de entrega.

4.- Entre esas obligaciones, y por lo que interesa al conflicto aquí planteado, el artículo 9 de la Orden IET/2013/2013, dispone que los proveedores que resulten adjudicatarios del mecanismo de subasta, deberán cumplir un conjunto de requisitos para cada período de entrega, entre los cuales se encuentra el establecido en su apartado 6, en cuya virtud la denominada PPC respecto de las previsiones comunicadas por cada proveedor del servicio, deberá ser superior al 75 % en media mensual. A estos efectos, la PPC se calcula según lo establecido en el artículo 10.4 d) de la Orden, considerada como una condición necesaria para considerar cumplida la prestación del servicio.



5.- Como consecuencia inherente a la obligación de cumplimiento de la PPC en media mensual, el artículo 11.5 d) de la Orden IET/2013/2013 dispone que, cuando para los proveedores del producto de 5 MW dicha precisión sea inferior al 75 % en un mes, se producirá la pérdida de una doceava parte del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso asignado de dicho período de entrega.

6.- En fecha 19 de febrero de 2015 CEMENTOS TUDELA recibió una comunicación electrónica remitida por el Operador del Sistema en cuya virtud se le traslada la información de que «Una vez realizada la verificación de la prestación del servicio de interrumpibilidad [...] durante el mes de enero de 2015, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Orden IET/2013/2013, se ha comprobado el incumplimiento de los siguientes requisitos: la precisión de los programas de consumo no ha alcanzado el valor mínimo requerido», señalando una Precisión del Programa de consumo (PPC) de 69,36%. Como consecuencia de ello, en la misma comunicación el Operador del Sistema informa a CEMENTOS TUDELA de «la pérdida de la doceava parte del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso de 5 MW adjudicado para la temporada eléctrica 2015».

7.- Con fecha 20 de febrero de 2015 CEMENTOS TUDELA remite comunicación al Operador del Sistema exponiendo las circunstancias de su caso y la improcedencia de la penalización. Mediante correo electrónico de fecha 25 de febrero de 2015 el Operador del Sistema desestima la pretensión.

8.- El 25 de marzo de 2015 CEMENTOS TUDELA presenta escrito planteando conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico contra Red Eléctrica de España, S.A (REE) en el que manifiesta que:

. - Los días 7 y 30 de enero de 2015 se produjo una importante avería que ocasionó una parada sobrevenida en la instalación. No obstante, los programas de consumo se fueron recalculando y reenviando a REE, de acuerdo con la nueva situación de parada, con mayor o menor éxito dependiendo de los días. El 7 de enero la mercantil «DF Núcleo», único suministrador de los «Equipos de Medida, Comunicación y Control», cargó la actualización del software del programa del «Terminal de Control de Interrumpibilidad» (TCI-5), una de cuyas principales funciones es la elaboración y envío a REE de los programas de consumo. Esta actualización, según manifiesta, ocasionó problemas de comunicación.

- El problema radica en que las actualizaciones de las previsiones de consumo enviadas mediante TCI-5 entre los días 24 de enero y las 7 horas del día 29 de enero, así como las del 31 de enero, no llegaron a REE, si bien sí quedaron grabadas en el programa del TCI-5.

. - Considerando los datos registrados en el TCI-5 y no recibidos por REE el grado de precisión alcanza el 77,20% que es un valor que cumple con la Orden IET/2013/2013. Por lo tanto, dado que no ha existido un problema de falta de precisión en los programas, sino un problema en la recepción de los mismos, considera que ha cumplido con lo estipulado en la normativa sectorial.

9.- Iniciado el procedimiento, se dio audiencia a REE, en cuyo trámite presentó escrito de alegaciones manifestando que:

- Que la información cargada en SCECI, ha concluido que CEMENTOS TUDELA ha incumplido el requisito de porcentaje mínimo de Precisión del Programa de Consumo correspondiente al mes de enero de 2015, porcentaje que, al ser inferior al 75%, constituye incumplimiento de la obligación [...].

- Que REE ha desestimado las reclamaciones de CEMENTOS TUDELA por considerar que la información cargada en SCECI es la estrictamente recibida del proveedor [...].

- Que REE ha actuado en todo momento conforme a lo establecido en la normativa vigente [...]. Que según establece la Resolución de 29 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, sin perjuicio de la certificación que realiza el OS respecto a los equipos EMCC, los sujetos responsables del correcto funcionamiento de los mismos, debiendo cumplir en todo momento los requisitos técnicos y funcionales indicado, así como del correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI.

- Que, desde el 23 de enero de 2015, los proveedores del servicio de interrumpibilidad tienen a su disposición, una herramienta web para verificar los programas de consumo cargados en el Sistema de Gestión del OS SG-SCECI. Con anterioridad a dicha fecha, se proporcionó por correo electrónico a todos aquellos proveedores que así lo solicitaron, el programa de consumo cargado en el Sistema SCECI. Que REE ha atendido todas las consultas, comunicaciones y alegaciones de los proveedores del servicio, analizando pormenorizadamente cada una de ellas y respondiendo siempre en un plazo breve de tiempo.

- Cada vez que ha existido algún registro o evidencia en los sistemas informáticos del OS que permitiese verificar las alegaciones manifestadas por el proveedor, éstas han sido aceptadas. Sin embargo, no se han tenido en consideración aquellos documentos o ficheros aportados por los proveedores, susceptibles de



manipulación y de los cuales no existe evidencia alguna en los sistemas informáticos de REE, documentos como los archivos de registro del sistema TCI-% (log) generados por el software del equipo del proveedor de servicio o capturas de pantalla.

10.- CEMENTOS TUDELA también presentó escrito de alegaciones indicando:

-Que la implantación en las instalaciones interrumpibles de los dispositivos para cumplir con las nuevas condiciones para la temporada eléctrica 2015 fue realizada de forma apresurada y sin apenas plazo de tiempo.

- La Resolución de 29 de octubre de 2014 de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad establece que los plazos para que estén plenamente operativos los equipos de medida y control.

- El 11 de diciembre de 2015 REE efectuó pruebas de los equipos de medida, comunicación y control con resultado satisfactorio. También se comprobó la correcta recepción del archivo de interrupción en el SGSCECI. Durante esa verificación no se efectuaron más comprobaciones en el equipo que las asociadas a las órdenes de reducción de potencia.

- Todos los equipos de medida y control de las instalaciones que prestaban este servicio eran de un único proveedor («DF NUCLEO») que fue el encargado de efectuar la actualización del software del terminal de control de interrumpibilidad (TCI-5).

- La instalación de la actualización del software fue problemática y la instalación completa se demoró hasta el 7 de enero de 2015. No hubo ningún periodo transitorio de prueba. El nuevo software provocó importantes alteraciones en las comunicaciones que fueron comunicados a «DF NUCLEO»

- A los problemas informáticos se añadió el hecho de que la fábrica tuvo una importante avería durante las tres últimas semanas de enero que provocó la parada de actividad.

- Durante gran parte del mes de enero no estaba operativa la herramienta que permitía visualizar los datos que estaban cargados en el sistema SCECI. En el caso de la fábrica de La Robla parte de las nuevas previsiones no fueron recibidas por el sistema SCECI; sin embargo, sí quedaban registrados en el terminal de control de la instalación.

- La previsión de estos programas de consumo fueron recalculadas tras la avería sí cumple con lo establecido en la norma por lo que ha cumplido con lo estipulado en la normativa y no debe ser merecedora de sanción.

- «DF NUCLEO» ha elaborado un informe de deficiencias en su software actualizado, informe que ha ido creciendo a medida que nuevas casuísticas de errores y fallos se han ido produciendo en numerosas instalaciones interrumpibles.

- Los proveedores del servicio no deben ser responsables ya que el nuevo esquema se inició de manera apresurada: sin nuevos equipos, utilizando los equipos anteriores actualizando el software de manera urgente; la comprobación y verificación de los equipos de medida de REE no se realizó para el envío de los programas de consumo; el periodo se inició sin estar operativa la herramienta que permitía verificar que los datos habían llegado a su destino; se tuvo que actualizar el sistema sin haber disfrutado de un periodo transitorio de pruebas para detectar anomalías.

SEGUNDO. - La resolución impugnada concreta, en primer lugar, el objeto del conflicto que se centra en las se centra en las actualizaciones de las previsiones de consumo enviadas entre los días 24 de enero y las 7 horas del día 29 de enero, así como las del 31 de enero, que no llegaron a REE, aunque sí quedaron grabadas en el programa del terminal de control de interrumpibilidad de la instalación TCI-5. Dichas actualizaciones tienen su origen, según reconoce la propia CEMENTOS TUDELA en sus escritos de alegaciones, en el hecho de que «en la fábrica de cementos de La Robla se produjo una importante avería durante las tres últimas semanas del mes de enero, que tuvo completamente parada su actividad principal, lo que hizo que fuese imprescindible recalcular y reenviar los programas de consumo previstos, en consonancia con esa nueva realidad productiva, como efectivamente así se hizo [...]».

El OS desestimó las reclamaciones de CEMENTOS TUDELA por considerar que la información cargada en SCECI es la estrictamente recibida del proveedor, no habiendo constancia de recepción de los distintos valores que el proveedor afirma haber enviado», añadiendo que «sin ánimo de poner en duda la veracidad de lo aportado, no se han tenido en consideración aquellos documentos o ficheros aportados por los proveedores, susceptibles de manipulación y de los cuales no existe evidencia alguna en los sistemas informáticos del OS».

Una vez delimitado el objeto del conflicto, da respuesta a las alegaciones de CEMENTOS TUDELA y desestima dicho conflicto al considerar que su actuación no se corresponde con la diligencia exigible a un adjudicatario



del servicio de interrumpibilidad, si se tiene en cuenta que la causa del incumplimiento del programa de consumo reside en la avería que tuvieron las instalaciones de esta empresa en el mes de enero y en el hecho de que dicha empresa no comprobaba la recepción en el sistema de gestión de interrumpibilidad de las subsiguientes actualizaciones del programa de consumo (que esta empresa había de enviar a raíz de su avería).

En efecto, consciente del descenso en el consumo que, respecto a las previsiones enviadas, implicaba la avería, CEMENTOS TUDELA debía haber comprobado que las actualizaciones que le interesaban -las actualizaciones correspondientes al período entre el 24 y el 31 de enero de 2015- figuraban en el sistema de gestión, comprobación para la que ya disponía de una herramienta específica en el sistema en las fechas de que se trata.

TERCERO. - La parte actora reitera en su demanda, en esencia, los mismos argumentos esgrimidos en vía administrativa frente a la procedencia de aplicarle la penalización prevista en el artículo 11 de la Orden IET/2013/2013. Expone en su demanda que, como proveedor del servicio de interrumpibilidad, comunicó antes del 15 de diciembre de 2014 sus programas de consumo horario previstos para el mes de enero en su instalación de La Robla (León) y, ante el bajo nivel de consumo habido en la instalación en el mes de enero, debido a un importante avería que ocasionó una parada sobrevenida entre los días 7 y 30, los programas de consumo se fueron recalculando y reenviando a REE, de acuerdo con la nueva situación de parada de la instalación, con mayor o menor éxito dependiendo de los días, tal y como se recoge en la tabla Excel incluida en el expediente.

Afirma que del análisis de dicha tabla parece claro que el problema radica en que las actualizaciones de las previsiones de consumo enviadas mediante el Terminal de Control de Interrumpibilidad (TCI-5) entre los días 24 de enero y las 7 horas del día 29 de enero, así como las del 31 de enero, no llegaron al Operador del Sistema, aunque sí quedaron grabadas en el TCI-5 como si realmente se hubieran enviado correctamente, tal y como se puede comprobar en las curvas diarias recuperadas de dicho programa, en las que figuran en verde los testigos de todos los dispositivos de comunicación. Afirma que no se podía suponer que en realidad esas actualizaciones de las previsiones no estaban llegando a REE por un problema técnico del software instalado por el único suministrador de los Equipos de Medida, Comunicación y Control (EMCC) acreditado por la misma REE.

Así, analizando los datos, si se efectúa el cálculo con las previsiones realmente enviadas y no recibidas por el Operador del Sistema, el grado de precisión, tal y como se comprueba en la tabla Excel aportada, es del 77%, que es un valor que sí cumple con lo establecido en el punto 6 del artículo 9 de la Orden IET 2013/2013, de 31 de octubre.

Añade que, en cuanto al sistema de comunicación, ejecución y control necesario para la prestación del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad, la disposición adicional segunda de la Orden IET/2013/2013, facultó a la Secretaría de Estado de Energía para aprobar su revisión, lo que efectuó mediante Resolución de 29 de octubre de 2014 (publicada en el BOE de 3 de noviembre de 2014), en cuyo apartado cinco se establece que antes del 1 de enero de 2015 los proveedores del servicio deberían adaptar sus equipos de medida, comunicación y control (EMCC) y sus sistemas de comunicaciones a lo indicado en la misma Resolución, que resultaba novedoso. Esto es, se publicó a menos de dos meses de que resultase obligatorio la implantación de los nuevos EMCC y sistemas de comunicaciones. Y, realizada la adaptación en la fábrica de cementos de La Robla, se efectuó una comprobación, en remoto, por parte de REE el 11 de diciembre de 2014, con resultado satisfactorio, verificándose que el equipo respondía correctamente a las órdenes de ejecución tipo A, B y C que se le envían, así como la cancelación de las mismas; también se comprobó la correcta recepción del archivo de interrupción en el SG-SECI en las opciones A y B con fecha 22 de diciembre de 2014. Pero durante esa verificación no se efectuaron más comprobaciones en el equipo que las asociadas a las órdenes de reducción de potencia a pesar de que a partir del 1 de enero de 2015 existían penalizaciones para el proveedor del servicio en caso de que se incumpliesen otra serie de condicionantes diferentes del incumplimiento de la reducción de potencia, como la que es aquí objeto de controversia. Señala que la instalación de la actualización del software resultó muy problemática, pues generaba incompatibilidades informáticas, lo que hizo que se demorase la instalación completa hasta el 7 de enero, tras varios días de intentos infructuosos (desde el 29 de diciembre). No hubo, pues, periodo transitorio de prueba durante el que pudiesen detectarse los posibles problemas que pudiese generar esta actualización informática.

Por otra parte, alega que durante gran parte del mes de enero no estaba aún operativa en internet la herramienta descrita en el apartado 2.7 del punto segundo del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de interrumpibilidad establecido en la Resolución de 29 de octubre de 2014, a través de la cual se podrían haber visualizado los datos que estaban cargados en su sistema SCECI y, por tanto, se podría haber comprobado si los datos enviados habían llegado efectivamente a su destino.



CUARTO. - No existe controversia en el hecho de que los datos referidos a las actualizaciones de las previsiones de consumo enviadas entre los días 24 de enero y las 7 horas del día 29 de enero, así como las del 31 de enero, no fueron recibidos por REE.

El objeto de discrepancia es que, mientras la actora sostiene que sí quedaron grabadas en el programa del terminal de control de interrumpibilidad de la instalación TCI-5, y por tanto habría cumplido con su obligación, aunque debido a un fallo en el software por causas que no le son imputables, no llegaron a REE. El OS, así como el Acuerdo de la CNMC que confirma su actuación, sostienen que el proveedor es el responsable de disponer de EMCC para comunicar con el sistema de gestión de demanda de interrumpibilidad y de comprobar la recepción de la información, de modo que sólo puede tenerse en cuenta la información realmente recibida por el OS.

QUINTO. - Para abordar la problemática es preciso, en primer lugar, recoger el régimen jurídico aplicable a la gestión del servicio de demanda de interrumpibilidad, así como analizar los distintos preceptos que presentan alguna relación con ella.

El servicio de interrumpibilidad gestionado por el OS está contemplado en el art. 49 LSE, como una de las medidas de gestión de la demanda en el sistema eléctrico, que tiene como objetivo permitir que el OS pueda modular la demanda de consumo ante situaciones de emergencia que requieran una reducción de dicha demanda.

En este sentido, la STS de 6 de julio de 2016 (rec. 537/2013), con referencia a la STS de 13 de noviembre de 2015 (rec. 351/2014), parte de la premisa de que << el correcto funcionamiento del sistema eléctrico requiere que se mantenga el equilibrio entre la demanda de electricidad y la generación de energía eléctrica en cada fracción de segundo, y de que, por ello, es necesario implementar mecanismos de gestión de la demanda de interrumpibilidad eficientes y seguros, que permitan hacer frente a situaciones puntuales en que la demanda eléctrica supera la oferta, tratando de ajustar la demanda de electricidad a lo largo del tiempo >>.

El instrumento para ello consiste en que determinados consumidores de energía eléctrica conectados en alta tensión que adquieren su energía en el mercado de producción y que previamente han asumido tal compromiso en su condición de proveedores del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, procedan, ante la orden cursada al efecto por el OS, a reducir su potencia activa demandada al sistema eléctrico.

Por la prestación de este servicio, sus proveedores perciben una retribución económica constituida por dos términos, uno de ellos fijo asociado a la disponibilidad de potencia y el otro, variable asociado a la efectiva ejecución de la interrupción.

La percepción de esta retribución económica exige al proveedor del servicio la observancia de una serie de obligaciones, que consisten en el cumplimiento de unas condiciones previas para obtener la habilitación para su prestación, como en resultar adjudicatario en el mecanismo competitivo de asignación y en la acreditación del cumplimiento posterior de unos requisitos para cada periodo de entrega.

La Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, estableciendo en su artículo 9 que para ser prestador del servicio deben acreditarse los requisitos que se establecen y resultar adjudicatario en el mecanismo competitivo de asignación del mismo. Asimismo, añade que los proveedores que resulten adjudicatarios del mecanismo de subasta, deberán cumplir un conjunto de requisitos para cada periodo de entrega, entre los cuales se encuentra el establecido en su apartado 6: " El proveedor del servicio deberá enviar antes del día 15 de cada mes sus programas de consumo horarios previstos para el mes siguiente. El proveedor podrá actualizar estos programas en cualquier momento, salvo en el intervalo de tiempo comprendido desde que el operador del sistema envía una orden de reducción de potencia hasta la finalización de la misma. La disponibilidad de los programas de consumo horarios deberá ser superior al 95 % de las horas del mes. La precisión de los programas de consumo (PPC) respecto de las previsiones comunicadas, calculada según lo establecido en el artículo 10, apartado d), deberá ser superior al 75% en media mensual ".

Corresponde al Operador del Sistema verificar la prestación del servicio, para lo cual el artículo 10 establece los aspectos que han de ser comprobados.

Y en relación con la obligación de cumplimiento de la PPC, el artículo 11.5 d) dispone que, cuando para los proveedores del producto de 5 MW dicha precisión sea inferior al 75 % en un mes, se producirá la pérdida de una doceava parte del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso asignado de dicho periodo de entrega.

La disposición adicional segunda de la Orden IET/2013/2013 establece que, mediante Resolución, la Secretaría de Estado de Energía (SEE) aprobará, entre otras, una revisión de los procedimientos de operación del sistema



eléctrico relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad y del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del mismo.

En cumplimiento de la citada habilitación la SEE dictó las siguientes Resoluciones, con el contenido que se señala en lo que afecta a la cuestión que aquí se plantea:

. - Resolución de 1 de agosto de 2014, de la SEE, por la que se aprueban los procedimientos de operación del sistema eléctrico 14.11 «Liquidación y facturación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad» y 15.2 «Servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013)». El apartado 4.1.1 del procedimiento de operación del sector eléctrico 15.2 «Servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013)» (P.O. 15.2) dispone que « antes de las 14:00 horas del día 15 de cada mes, los proveedores del servicio comunicarán al OS a través del sistema establecido en la Resolución por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad (SG -SCECI), los programas de demanda de energía previstos para el mes siguiente », añadiendo que « estos programas tendrán carácter de previsión y deberán ser actualizados y comunicados al OS a través del SG-SCECI cuando se produzcan modificaciones de los mismos ».

. -Resolución de 29 de octubre de 2014, de la SEE, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013 (Resolución SEE 29/10/2014). A efectos del presente recurso deben destacarse las siguientes disposiciones:

Respecto de la aplicabilidad de la propia Resolución, su apartado quinto establece las siguientes reglas:

Con carácter general, la Resolución SEE 29/10/2014 será de aplicación a partir del 1 de enero de 2016. Hasta esa fecha es de aplicación la Resolución de 7 de noviembre de 2007, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de interrumpibilidad (Resolución DGPEM 7/11/2007).

No obstante, lo anterior, antes del 1 de enero de 2015 el OS y los proveedores del servicio debían adaptar sus equipos de medida, comunicación y control (EMCC) y sus sistemas de comunicaciones a lo indicado en los apartados Sexto.6.6 («Programación y ejecución de una orden de reducción de potencia») y Cuarto («Sistema de comunicaciones»).

En este sentido, la Resolución SEE 29/10/2014 dispone que los proveedores del servicio deben disponer de EMCC para comunicar con el sistema de gestión de la demanda de interrumpibilidad (SG-SCECI) del OS con el fin, entre otros, de enviar la información precisa para la verificación de la prestación del servicio.

El punto 7 del apartado segundo «Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI» del procedimiento establece que «el SG-SCECI dispondrá de un sitio Web, accesible únicamente por los proveedores del servicio», en el que se recogerá, entre otra, la información relativa al Programa de consumo horario. En virtud de la regla de aplicabilidad señalada en el punto anterior, esta disposición resulta exigible a partir del 1 de enero de 2016.

El apartado 4.1 dispone que el sistema de comunicaciones entre el SG-SCECI y los EMCC comprenderá todos los equipos, redes e instalaciones necesarias para establecer la comunicación entre los equipos EMCC hasta la interfaz con los equipos del SG-SCECI. Según resulta de lo dispuesto por el apartado primero.2, forma parte integrante de este sistema de comunicaciones todo el software necesario para la correcta gestión del servicio, incluyendo los equipos y aplicaciones relacionados con su control administrativo

El apartado 6.4 establece que «el EMCC notificará al SG-SCECI el programa de consumo medio horario de la instalación para el mes siguiente», añadiendo que «el último programa de consumo medio recibido será el programa de consumo válido. Cada programa de consumo enviado por el EMCC reemplazará completamente al anterior».

Al respecto señala que «el Protocolo de Comunicación dispondrá de mecanismos para que los proveedores del servicio puedan consultar el último Programa de consumo aceptado por el SG-SCECI». Ahora bien, la aplicabilidad de esta disposición en concreto surte efectos a partir del 1 de enero de 2016, rigiendo hasta entonces lo establecido en la Resolución DGPEM 7/11/2007, cuyo apartado primero. 5 dispone que «el Protocolo de Comunicación será, salvo de situaciones de fuerza mayor, el único medio de comunicación entre los proveedores del servicio [...] y el Operador del Sistema para todos los intercambios de información necesarios para la prestación del servicio de interrumpibilidad»

SEXTO. - Te niendo en cuenta el régimen jurídico expuesto, procede confirmar los argumentos de la resolución impugnada, pues la parte actora no ha logrado demostrar que vulneren el régimen jurídico expuesto.



El informe pericial aportado con la demanda, y ratificado en fase probatoria, concluye, que los ficheros conteniendo los datos con las actualizaciones se enviaron por el software Sherpa/TCI-5; y ello en base exclusivamente a lo indicado en el manual, según el cual la existencia de dichos ficheros, con el formato que incluye la fecha de nombre de los mismos, implica que su contenido ha sido enviado y confirmado por el SG. De ello extrae la consecuencia de que la simple creación del fichero permite al operador confiar en que el envío ha sido realizado correctamente.

Ahora bien, el perito no examinó el software y tampoco pudo comprobar si los ficheros fueron efectivamente enviados, tal y como indicó en el acto de ratificación. También afirma que, en concreto, en las fechas a las cuales afecta el conflicto, el software generó el fichero correspondiente, pero el contenido no muestra que la información haya sido confirmada por el SG. Y en este sentido, en el acto de ratificación incidió en la circunstancia de que el software no ofrece información que permita detectar que, una vez que el fichero ha sido enviado ha existido algún fallo de comunicación, ni que la información ha sido efectivamente recibida por el OS, aunque señala que el manual de instrucciones indica que cuando existe un fallo de comunicación se enciende un testigo rojo y cuando existe comunicación o esta se restablece aparece un testigo verde.

Estas conclusiones nada añaden a lo debatido en vía administrativa, teniendo en cuenta que, según establecía el apartado 7.1 de la resolución de 7 de noviembre de 2007, de la DGPEM - aplicable por razones temporales- es responsabilidad de los proveedores del servicio de interrumpibilidad, el correcto funcionamiento de sus equipos EMCC, debiendo cumplir en todo momento los requisitos técnicos y funcionales indicados, así como el correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI, y comunicar al Operador del Sistema cualquier avería o indisponibilidad de sus equipos EMCC o comunicación con el SG-SCECI. Esta misma responsabilidad se establece en el artículo 7.1 de la resolución de 29 de octubre de 2014.

Los proveedores del servicio deben disponer de EMCC para comunicar con el sistema de gestión de la demanda de interrumpibilidad (SG-SCECI) del OS con el fin de enviar la información precisa para la verificación de la prestación del servicio. Dichos EMCC forman parte del sistema de comunicación, junto con el software necesario para la correcta gestión del servicio.

El proveedor, en este caso CEMENTOS TUDELA, tiene que comunicar al OS la precisión de los programas consumo (PPC) respecto de las previsiones comunicadas, a efectos del cumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 9 de la Orden IET/2013/2013. Y sólo si es efectivamente recibida por el OS puede éste verificar las condiciones de prestación del servicio en los términos del artículo 10, y en concreto que dicha PPC es superior al 75% en media mensual. Es el proveedor el responsable de la que referida información sea recibida de manera efectiva en el sistema de gestión del OS, y en este caso ha quedado acreditado que contaba con los instrumentos adecuados para verificar esa recepción, puestos a su disposición por REE.

Según la normativa antes expuesta, a partir del 1 de enero de 2016, el Protocolo de Comunicación debe disponer de mecanismos para que los proveedores del servicio puedan consultar el último Programa de consumo aceptado por el SG-SCECI. Asimismo, y como mecanismo de verificación, se incluye como obligación a partir de dicha fecha disponer de un sitio web accesible únicamente por los proveedores del servicio en el que se recogerá, entre otra, la información relativa al Programa de consumo horario.

Ahora bien, REE puso a disposición de los proveedores dicha herramienta a partir del 23 de enero de 2015. Pero ya antes, según ha acreditado REE mediante la documentación aportada con la demanda, se proporcionó a CEMENTOS TUDELA, así como a todos aquellos proveedores que lo solicitaron, por correo electrónico, el programa de consumo cargado en el Sistema de Gestión del OS SG-SCECI». Por tanto, entre las fechas en que las actualizaciones remitidas por CEMENTOS TUDELA no llegaron a REE, esto es, entre los días 24 y 29 de enero, la empresa ya tenía a su disposición la herramienta desarrollada por el OS para que pudiera haber llevado a cabo la comprobación del último Programa de consumo de enero de 2015 que figuraba cargado en SG-SCECI.

Alega la recurrente, en el escrito de conclusiones, que la obligación de consultar el último programa de consumo aceptado por el SG-SCECI a que se refiere el apartado 6.4 de la Resolución de 29 de octubre de 2014 sólo era exigible a partir del 1 de enero de 2016, y que hasta entonces solo era una posibilidad.

Ahora bien, esa circunstancia no le exime de la responsabilidad que le incumbe como proveedor del sistema del correcto funcionamiento de la comunicación hasta las instalaciones donde se encuentre ubicado el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI, que se encuentra establecida en la Resolución de 7 de noviembre de 2007

No obstante, aunque los ficheros hubieran sido efectivamente enviados, desde el momento en que la información no fue recibida en el sistema de gestión del OS, por causas que no son imputables al SG-SCECI,



no puede ser tenida en cuenta a efectos de tener por cumplida la información conteniendo la PPC, al no estar asegurada la integridad de esa información. En este sentido, el OS señaló que « *cada vez que ha existido algún tipo de registro o evidencia en los sistemas informáticos del OS que permitiese verificar las alegaciones manifestadas [...], éstas han sido aceptadas. Sin embargo [...] no se han tenido en consideración aquellos documentos o ficheros aportados por los proveedores, susceptibles de manipulación y de los cuales no existe evidencia alguna en los sistemas informáticos del OS, documentos como los archivos de registro del sistema TCI-5 (log) generados por el software del equipo del proveedor del servicio, o capturas de pantalla*».

Y el propio perito afirma en su informe que el software no incluye mecanismos de control de integridad de los ficheros con los registros enviados al OS (aunque en este caso señala que no existen indicios de que haya habido modificaciones en los mismos).

SÉPTIMO. - Procede, pues desestimar el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA .

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **295/2016** interpuesto por la representación procesal de la entidad **CEMENTOS TUDELA VEGUÍN, S.A** contra el Acuerdo de 17 de febrero de 2016, adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que desestima el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por dicha entidad frente al Operador del Sistema.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; 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, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.