



Roj: **SAN 3440/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3440**

Id Cendoj: **28079230042018100350**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/06/2018**

Nº de Recurso: **277/2015**

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: 0000277 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02910/2015

Demandante: GLOBAL3 COMBI, S.L.U.

Procurador: D. **ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO**

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. **MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

D. **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

D^a. **ANA MARTÍN VALERO**

Madrid, a uno de junio de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **num. 277/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **GLOBAL3 COMBI, S.L.U.**, representada por el Procurador D. **Anibal Bordallo Huidobro**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de marzo de 2015, por la que se desestima la solicitud de resolución del conflicto de gestión económica y técnica del sistema interpuesta por la recurrente, frente al Operador del Sistema Eléctrico, en lo que se refiere a la retirada de la habilitación de la Central de Escatrón 2 para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de funcionamiento "Turbina de Gas"; siendo demandada la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 14 de mayo de 2015 contra la resolución antes mencionada; acordándose su admisión mediante decreto de fecha 25 de mayo de 2015 y con reclamación del expediente administrativo.

2. Una vez recibido el expediente administrativo, y en el plazo conferido para la formalización de la demanda, la parte actora presentó escrito en fecha 21 de octubre de 2015 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

“ (...) que, habiendo por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan con sus copias, se tenga por formalizada demanda contra la Resolución del conflicto de gestión técnica del sistema eléctrico interpuesto por GLOBAL3 COMBI, S.L.U. por motivo de la deshabilitación de la central térmica de ciclo combinado de Escatrón 2 para prestar en el modelo de funcionamiento "Turbina de Gas" el servicio de reserva de potencia adicional a subir, aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 5 de marzo de 2015; y, previos los trámites legales que procedan, dicte en su día sentencia por la que estime el presente recurso contencioso-administrativo:

1) anulando dicha resolución de la CNMC así como la Comunicación de Deshabilitación emitida por REE con fecha de efecto 22 de mayo de 2014 y;

2) se ordene la rehabilitación a GLOBAL3 COMBI, S.L.U. para la participación en el servicio de reserva de potencia adicional a subir, incluyendo el modelo de funcionamiento "Turbina de Gas", tal y como se recogía en la Comunicación de Habilitación de 8 de mayo de 2012, emitida por REE;

3) Se condene en costas a la Administración demandada en todo caso. >>

3. La Abogacía del Estado, en el traslado conferido para contestar a la demanda, presentó escrito en fecha 17 de diciembre de 2015, en el que solicitaba se dicte sentencia íntegramente desestimatoria del recurso planteado, con imposición de las costas a la parte actora, en aplicación del art. 139.1 de la LJCA .

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 10 de marzo de 2016 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 1 de diciembre de 2017 se señaló para votación y fallo el día 24 de enero de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo han sido observadas 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 complejidad. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) de fecha 5 de marzo de 2015, por la que se desestima la solicitud de resolución del conflicto de gestión económica y técnica del sistema interpuesta por Global 3 Combi, S.L.U., frente al Operador del Sistema Eléctrico, en lo que se refiere a la retirada de la habilitación de la Central de Escatrón 2 para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de funcionamiento "Turbina de Gas".

El conflicto fue planteado, con fecha 20 de junio de 2014, por la hoy actora, titular de la Central mencionada, indicando que en la inhabilitación de la Central para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de funcionamiento "TG", manifestaba su disconformidad con la retirada de la habilitación previamente concedida para la participación en el mercado en cuestión al no haber sido concretados los motivos por los que el Operador había adoptado esta decisión que, en opinión de Global 3, era contraria a los principios de transparencia, objetividad y eficiencia económica que deben presidir el ejercicio de las funciones del Operador del Sistema.

Una vez iniciado el procedimiento, y recibidas las alegaciones del Operador del Sistema y tras las comprobaciones pertinentes, incluido el trámite de audiencia, se dicta por la CNMC la Resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

El conflicto en cuestión se refiere a la habilitación de la Central térmica de ciclo combinado de Escatrón 2 para prestar en el modo de funcionamiento de TG (turbina de gas) el servicio de potencia adicional a subir. Y es sobre esta cuestión donde se han planteado las discrepancias entre el Operador del Sistema (contrario a la



habilitación de la Central térmica) y la ahora recurrente, titular de la instalación, que considera que la Central debe mantener la habilitación que se le otorgó.

Se trata, pues, de un conflicto en el que interviene Red Eléctrica de España en su condición de Operador del Sistema y que versa sobre un aspecto de la gestión técnica del sistema eléctrico (que es competencia del propio Operador del Sistema), a saber: **la prestación del servicio de reserva de potencia adicional a subir**, que es uno de los servicios de ajuste del sistema a cuyas más significativas características nos referimos a continuación.

2. El marco del conflicto en cuestión, de la respuesta de la Administración así como del debate subsiguiente ya en sede jurisdiccional, debemos situarlo en el control de sistemas de energía eléctrica y, más concretamente, en el ámbito de la regulación **frecuencia-potencia**.

El control frecuencia-potencia es uno de los servicios fundamentales en un sistema eléctrico. El objetivo de este control es mantener el equilibrio entre generación y demanda en el sistema; es decir se trata de conseguir que la potencia generada coincida en todo momento con la potencia consumida en el sistema.

Desde esa visión general del control frecuencia y potencia aparecen dos desequilibrios entre generación y demanda que afectan a la frecuencia del sistema, ya que cuando la generación es superior a la demanda la frecuencia crece, mientras que cuando la demanda es superior a la generación la frecuencia se reduce. Por tanto, la frecuencia del sistema es una buena medida del equilibrio o desequilibrio entre la generación y la demanda en el mismo, por lo que se puede utilizar como variable a controlar. Si la frecuencia del sistema permanece estable significa que la generación y la demanda son iguales, mientras que un aumento de la frecuencia es indicador de que la potencia generada es mayor que la conseguida y una reducción de la frecuencia es lo que hace que la frecuencia consumida es mayor que la demandada.

Además, debido a las características de funcionamiento de los diferentes componentes de un sistema eléctrico, no sólo es importante que la frecuencia se mantenga constante (de forma que la generación y la demanda coincidan), sino que es necesario que sea igual al valor de referencia fijado (en el sistema eléctrico español la frecuencia debe ser 50 Hz). Por tanto si se produce un desequilibrio entre generación y demanda se da lugar a que la frecuencia del sistema aumente, no sólo es necesario volver a dejar la frecuencia constante, sino que debe conseguir que la frecuencia recupere su valor de referencia (50 Hz).

La necesidad del control frecuencia-potencia viene impuesta, en definitiva, porque durante el funcionamiento normal del sistema eléctrico la demanda la varía continuamente, lo que da lugar a los desequilibrios indicados entre generación y demanda, de forma que la generación debe acomodarse al nuevo valor de demanda (incluyendo las pérdidas).

Y de ahí, en fin, la justificación de los lazos de control, en cuyas características técnicas no entramos, denominados control primario o regulación primaria, control secundario y regulación secundaria y control terciario o regulación terciaria. Cada uno unos objetivos y características distintas y con su propia dinámica de actuación técnica.

3. El servicio de reserva de potencia adicional a subir (RPAS) es un servicio de ajuste del sistema que consiste en prestar una disponibilidad de potencia adicional al sistema, respecto al resultado del Programa Viable Provisional, que permita cumplir los requerimientos de reserva necesarios para la regulación frecuencia-potencia, a través del Procedimiento de Operación 1.5, aprobado por Resolución de 13 de julio de 2006 de la Secretaría General de Energía. Se trata, por tanto, de un servicio consistente en ofrecer la disponibilidad de una potencia de generación, para el caso en que la misma resulte necesaria.

Así el Procedimiento de Operación 3.9 señala:

"El objeto de este procedimiento es establecer el proceso para la contratación y gestión de la reserva de potencia adicional a subir, que pueda ser necesaria con respecto a la disponible en el Programe Viable Provisional para garantizar la seguridad en el sistema eléctrico peninsular español..."

El servicio se asigna a las ofertas recibidas en función del criterio de menor coste para el sistema, siendo retribuidas conforme al precio marginal marcado por las ofertas que resulten asignadas para cada período de programación.

En el procedimiento de operación 3.9 se prevén también las condiciones de la prestación del servicio y su retribución, recogándose también la facultad del Operador del Sistema de retirar la habilitación para prestar el servicio "cuando detecte una falta de capacidad técnica para la prestación del servicio, la calidad del servicio prestado no cumpla de forma reiterada con los requisitos exigidos o no reciba la información de cambios o modificaciones en la unidad de producción que puedan afectar a la prestación de este servicio de ajuste del sistema".



En síntesis, y por lo que aquí interesa, la CNMC rechaza la interpretación propuesta por la solicitante, esto es que, cuando su oferta es asignada para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir, si luego resulta que la potencia a subir que ha sido reservada es efectivamente requerida, y, por ello, se convoca el mercado de gestión de desvíos, a Global 3 Combi le basta con realizar una oferta de participación en ese mercado de gestión de desvíos, al margen de cómo sea tal oferta, y con ello entiende que cumpliría con el servicio que se le está retribuyendo.

Sin embargo la CNMC en la resolución impugnada considera que cuando el sistema contempla el servicio de reserva de potencia adicional a subir lo que pretende contar es con una reserva de potencia para el caso en que la misma sea necesaria y por ello entiende "que sería meramente aparente la disponibilidad de potencia, tanto en el caso en que técnicamente una unidad de generación no estuviera en realidad en condiciones de dar la potencia que se dice disponible, como en que, estando en condiciones técnicas de dar esa potencia, sin embargo su titular tuviera decidido hacer un tipo de ofertas en gestión de desvíos que, de forma reiterada, implicasen no aportar la potencia comprometida".

Y, sobre el comportamiento de la Central de Escatrón 2 concluye la CNMC, después de valorar los datos e información remitidos en el marco del procedimiento, tanto por el Operador del Sistema como por Global 3, del siguiente modo:

"En el caso de la Central de Escatrón 2, en el modo de funcionamiento "TG", se observa que esta instalación cobra frecuentemente el servicio de reserva de potencia adicional a subir pero, cuando la reserva asignada es requerida, prácticamente nunca la aporta de forma efectiva. Se trata de algo sistemático; de una situación que -a los efectos del párrafo final del apartado 4 del Procedimiento de Operación 3.9 (sobre retirada de la habilitación)- cabe calificar de "reiterada".

Por mucho que la Central de Escatrón 2 posea unas características técnicas que podrían hacerla adecuada para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir, nada recibe el sistema de esa característica en abstracto si, llegada la necesidad, la potencia no es aportada.

Antes bien, en la medida en que sucede sistemáticamente que la potencia reservada no se provee de forma efectiva cuando llegue la necesidad de la misma se genera un mayor coste para el sistema, pues el Operador del Sistema, a pesar de que cuenta con una Central asignada para aportar la potencia adicional a subir, se ve en la necesidad de afrontar la falta de confianza en que ello se produzca así, dado cual viene siendo el comportamiento de la Central y dado que, en realidad, en estos supuestos, ha tenido que acudir, como expone el Operador del Sistema, a otras unidades de generación, a través del mecanismo de solución de restricciones en tiempo real".

Y sobre esa base se desestimó el conflicto planteado por Global 3 Combi.

4. El artículo 28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, atribuye al Operador del Sistema la gestión técnica del sistema eléctrico: "... corresponde respectivamente, al operador del mercado y al operador del sistema asumir las funciones necesarias para realizar la gestión económica referida al eficaz desarrollo del mercado de producción de electricidad y la garantía de la gestión técnica del sistema eléctrico, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en este título". Entre las funciones propias del Operador del Sistema, el artículo 30 de la propia LS alude a que se impartan las instrucciones necesarias para la correcta operación del sistema eléctrico, así como la gestión de los mercados de servicio de ajuste del sistema y la realización de la liquidación correspondiente a los mismos.

El Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, define concretamente el servicio de reserva de potencia adicional a su vez como uno de los servicios complementarios que integran los servicios de ajuste del sistema, que el Operador del Sistema gestiona, incluyendo la "resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema" (artículo 2) y considerando servicio complementario "los de reserva de potencia adicional a subir, los de regulación, el control de tensión y la reposición del servicio" (artículo 13.1, párrafo segundo).

El conflicto en cuestión, como ya adelantábamos, versa sobre un aspecto de la gestión técnica del sistema eléctrico, cuya resolución corresponde a la CNMC a través del procedimiento regulado en su propia ley de creación, Ley 3/2013, de 4 de junio así como en el artículo 30 de la LS.

En relación con el Servicio de Reserva de Potencia Adicional a Subir nos referíamos antes al Procedimiento de Operación 1.5 que regula el "Establecimiento de la reserva para la regulación frecuencia-potencia". En él se contemplan los distintos lazos de control del sistema a que antes también nos referíamos; en concreto tanto al sistema de regulación primaria, como al de regulación secundaria, como al de regulación terciaria y al control de tiempos.

Aquí lo que interesa es el Servicio de Reserva de Potencia Adicional a Subir como servicio que ofrece la disponibilidad de una potencia de generación, para el caso en que la misma resulte necesaria.

En concreto el Procedimiento de Operación 3.9 prevé que las unidades térmicas de régimen ordinario y las unidades de energía renovable, cogeneración o residuos que sean gestionables pueden solicitar la habilitación para prestar este servicio, que corresponde otorgar al operador del sistema. Una vez otorgada la habilitación, estas unidades sin el resultado del programa viable provisional no están en condiciones de aportar al sistema la reserva de potencia requerida y deben presentar unas ofertas específicas cuando el Operador del Sistema comunique los requerimientos de potencia adicional a subir a la vista de dicho Programa, asignándose el servicio a las ofertas recibidas en función del criterio del menor coste para el sistema, siendo retribuidas conforme al precio nacional marcado por las ofertas que resulten asignadas para cada período de programación. Y por el mero hecho de esa asignación, esas unidades percibirán el precio marginal que resulte del proceso de casación de este tipo de ofertas de reserva de potencia adicional a subir.

Ahora bien, en contrapartida al precio que reciben por dicha oferta de disponibilidad, adquieren, en función de los tiempos de arranque de la respectiva central, la obligación de participar en el mercado intradiario a fin de alcanzar la programación del mínimo técnico de su unidad, adquiriendo, asimismo, la obligación específica de ofrecer de forma efectiva la potencia adicional a subir en el caso de que la potencia que se le asignó a modo de reserva sea realmente requerida (apartado 6, párrafo tercero, del Procedimiento de Operación 3.9).

Y, por último, en el apartado 4, in fine se recoge la facultad del Operador del Sistema de retirar la habilitación para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir "cuando detecte una falta de capacidad técnica para la prestación del servicio, la calidad del servicio prestado no cumpla de forma reiterada con los requisitos exigidos o no reciba la información de cambios o modificaciones en la unidad de producción que puedan afectar a la prestación de este servicio de ajuste del sistema".

5. La demandante considera que la Resolución de la CNMC no es ajustada a Derecho ya que no se dan los supuestos establecidos en el PO 3.9 para deshabilitar la Central de Escatrón 2. La tesis de la parte actora pivota sobre la interpretación del PO 3.9 que según la parte no obliga a proporcionar energía en el mercado de GD sino a presentar ofertas de venta en dicho mercado (disponibilidad), por lo que se cumple presentado la oferta, tesis que pretende fundamentar en lo afirmado por el Perito, Doctor Ingeniero D. Efrain remitiéndose a las manifestaciones de su dictamen pericial. De otra parte, también se niega en la demanda la existencia de los incumplimientos a que se refiere la CNMC en la resolución recurrida, afirmaciones que también pretende amparar en el dictamen pericial a su instancia realizado. Por último considera que la Resolución impugnada vulnera los principios que inspiran las funciones del Operador del Sistema: transparencia, objetividad y eficiencia económica, lo que también pretende amparar a la vista de las conclusiones y predicciones del citado informe pericial.

Tanto el Abogado del Estado como el Operador del Sistema alegaron la falta de legitimación activa de la actora y la consiguiente inadmisibilidad del recurso. Y en cuanto al fondo, sostienen la conformidad a Derecho de la deshabilitación adoptada y se oponen a los argumentos relativos a una disponibilidad efectiva y real de potencia, de un lado, así como de otro subrayan los incumplimientos que dicen reconocidos incluso por la propia recurrente y los errores del dictamen pericial aportado por dicha parte.

6. Momento es ya de dirimir el debate planteado. Subsanao el defecto procesal alegado en las respectivas contestaciones a la demanda al amparo del artículo 45.2 d) de la LJCA, corresponde analizar el fondo del asunto, a saber: si la resolución de la CNMC que resuelve el conflicto de gestión económica y técnica del sistema promovido por la recurrente respecto de la decisión adoptada por el Operador del Sistema de retirar la habilitación a la Central de Escatrón II para la participación en el proceso de contratación del servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de turbina de gas, es o no conforme a derecho.

La recurrente sostiene que la Resolución es nula por haber llevado a cabo una inhabilitación desconociendo los motivos tasados que la permiten y que son los recogidos en el Procedimiento de Operación 3.9, apartado 4 in fine, aprobado por Resolución de 1 de agosto de 2013 de la Secretaría de Estado de Energía, BOE 9 de agosto de 2013.

La resolución justifica la inhabilitación por la causa relativa a la falta de calidad del servicio prestado; y ello sobre la base de lo razonado en sus fundamentos jurídicos quinto, sexto y séptimo de la misma.

7. Sobre la disponibilidad real de potencia.-

El argumento principal de la recurrente consiste, en síntesis, que a Global le basta con realizar una oferta para la participación en ese mercado de gestión de desvíos con independencia de cómo sea la oferta. Sostiene así Global que, cuando su oferta es asignada para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir, si luego resulta que la potencia a subir que ha sido reservada es efectivamente requerida, y, por ello, se convoca



el mercado de gestión de desvíos, a Global le basta con realizar una oferta de participación en ese mercado de gestión de desvíos, la margen de cómo sea tal oferta, cumpliendo con ello, en definitiva, con el servicio que se le está retribuyendo.

Sin embargo la CNMC rechaza esa interpretación que tampoco la Sala puede aceptar. En efecto, el servicio de reserva de potencia adicional a subir, retribuye una disponibilidad de potencia, en el sentido de que la potencia reservada puede no ser finalmente requerida y, al final, es posible que la central asignada a la prestación del servicio no deba llegar a producir esa potencia adicional que en principio estaba reservada y que, lógicamente, debe ser retribuida por esa disponibilidad.

Ahora bien, como bien razona la resolución impugnada "la disponibilidad que se ofrece debe ser real, de modo que la unidad de generación de que se trata esté en condiciones de producir realmente, con lo que, si la producción es necesaria, ésta se vea aportada". Pero ello no sucedería si, por ejemplo, las ofertas que se hicieran para producir energía en el mercado de gestión de servicios buscaran precisamente evitar la producción. El párrafo final del apartado 6 del Procedimiento de Operación 3.9 obliga a realizar una oferta en el mercado de gestión de desvíos, pero se presupone que se trata de una oferta realizada con el objeto de aportar la reserva de forma efectiva cuando resulte necesaria.

En definitiva, la Sala entiende que cuando el sistema contempla el servicio de reserva de potencia adicional a subir es claro que pretende contar con una reserva de potencia para el caso en que la misma sea necesaria. Nada aportaría al sistema que -cuando ha de corregirse un desvío por defecto de generación- alguien hiciera ofertas de producción con el objeto precisamente de no aportar la reserva (ofertas que, además, se harían por parte de un sujeto que, paradójicamente, habría sido designado, a solicitud propia, para intervenir en este tipo de casos, a los efectos de resolver tales supuestos)".

La recurrente insiste que con la formulación de una oferta satisfaría la obligación asumida del servicio RPAS, por el que efectivamente, recibe una retribución. Y al efecto se apoya en un dictamen pericial aportado con la demanda en el que se considera que su obligación de disponibilidad con la que se garantiza que el operador del sistema cuente con una reserva de capacidad para que en caso de que se requiera energía pueda ser generada.

Pero esta interpretación interesada y que desde luego excede de la función y objeto propio de un informe pericial, no se ajusta a lo establecido en el P.O 3.9 vigente, que exige que se cubra una necesidad especial de energía y no que se hagan únicamente formalmente las ofertas, pues habrá que aportar esa energía de una forma efectiva cuando la misma sea requerida. Coherentemente con ello, el apartado 5.4 del P.O., que se refiere a la "comunicación de los resultados de la asignación" establece con toda claridad que "Esta contratación de reserva de potencia adicional a subir realizada por el O.S. será considerada firme, inmediatamente después de ser comunicada a los sujetos del mercado titulares, o a sus representantes, adquiriendo el sujeto titular correspondiente, o en su caso su representante, la obligación de proveer la reserva adicional a subir asignada en los períodos horarios en los que la oferta presentada hay resultado asignada". Al igual que -en el apartado 6- obliga a la central asignada a producir hasta alcanzar su mínimo técnico (es decir, haber arrancado, y estar, así, en condiciones de poder subir luego la potencia que, en su caso, se requiera en cada momento para resolver los desvíos).

Y, por ello, el propio P.O. 3.9 habilita al Operador del Sistema para verificar la provisión efectiva de la potencia a subir cuando la misma ha sido considerada necesaria:

"El O.S. verificará, para período de programación, la provisión efectiva y real al sistema de la reserva de potencia adicional a subir asignada" (a apartado 8.1., párrafo segundo).

Por ello, hemos de concluir con la CNMC que el Operador del Sistema puede retirar una habilitación cuando juzgue que el servicio de reserva de potencia adicional a subir no se está prestando en condiciones adecuadas, y, para tal objeto, puede tener en consideración los casos en que, de forma reiterada, no se suministra de forma efectiva la potencia que se había reservado cuando la misma ha resultado necesaria.

8. Sobre las concretas circunstancias en que se ha prestado el servicio en el modo de funcionamiento "TG".

En este caso concreto el operador el sistema puso de relieve unos datos en relación al período de dos años de prestación por Escatrón 2 en el modo de funcionamiento Turbina de Gas del servicio de reserva de potencia a subir que determinaron la decisión finalmente adoptada por la CNMC.

Así hizo constar:

"El grupo de Escatrón 2 únicamente ha proporcionado energía de forma efectiva en el mercado de gestión de desvíos a subir, en un 1% de las horas en las que habiendo resultado asignado en el mercado de reserva de potencia adicional a subir en su modo "TG", se convocó el mercado de gestión de desvíos a subir. El

grupo de Escatrón 2 no ha proporcionado energía de forma efectiva en dicho mercado en el 99% de las horas en las que debiera haberlo hecho.

El grupo de Escatrón 2 únicamente ha proporcionado energía de forma efectiva en el mercado de regulación terciaria a subir, en un 0,6% de las horas en las que habiendo resultado asignado en el mercado de reserva de potencia adicional a subir en su modo "TG", se convocó el mercado de regulación terciaria. El grupo de Escatrón 2 no ha proporcionado energía de forma efectiva en dicho mercado en el 99,4% de las horas en las que debiera haberlo hecho. Los reducidos valores de energía entregada en estos mercados se explican por los elevados precios de las ofertas de gestión de desvíos y terciaria. Así, por ejemplo, en el 98,5% de las horas con reserva asignada, el grupo de Escatrón 2 ha presentado ofertas de regulación terciaria a subir, con un precio en el primer bloque de oferta de entre un mínimo de 103,4 €/MWh y un máximo de 1.322,6 €/MWh.

Es tos reducidos valores de entrega efectiva de energía del grupo de Escatrón 2 en e/ modo de funcionamiento "TG" en los mercados de gestión de desvíos y de regulación de terciaria, ponen de manifiesto la contratación de una reserva de potencia adicional a subir (con el coste que ello implica para el sistema) que, i, sin embargo, no llega a materializarse en una energía efectiva adicional al sistema, teniendo que ser provista por otras unidades de producción que deben ser programadas mediante el mecanismo de solución de restricciones en tiempo real, con el consiguiente coste adicional/ para e/ sistema. A juicio del Operador del Sistema, ello es prueba irrefutable de que, de forma reiterada, la calidad en la prestación del servicio contratado no ha cumplido con los mínimos requisitos exigidos." (Folios 74 y 75 del expediente)

"Con fecha 13 de diciembre de 2012, «Red Eléctrica de España, S.A.» como operador del sistema, remitió a la Secretaría de Estado de Energía la propuesta solicitada. Los procedimientos de operación enviados contienen las modificaciones necesarias para adaptarse al cambio de la hora de cierre del mercado diario desde las 10:00 a las 12:00 con el objetivo armonizar a nivel europeo la hora de cierre de las sesiones de negociación de los mercados eléctricos"

En contestación al requerimiento de información remitido en el marco del procedimiento, el Operador del Sistema especifica los siguientes datos con relación a la prestación del servicio en el modo de funcionamiento "TG" durante este período de dos años:

" En un total de 1,824 horas se asignó el servicio de reserva de potencia adicional a subir a la -UP ECT2 en su modo de funcionamiento Se han considerado en este cómputo todas aquellas horas en las que la reserva de potencia adicional a subir comprometida' para la UP ECT2 ha sido igual o inferior a 200,6 MVV, valor correspondiente a su modo de funcionamiento TG, con las cuatro turbinas acopladas (4TG).

De estas 1.824 horas, únicamente en 27 horas (un 1,5% del total) la UP ECT2 estableció un programa P48 no nulo mediante su participación en el mercado diario e intradiario, y/o en los servicios de ajuste del sistema de gestión de desvíos, regulación terciaria y/o solución de restricciones técnicas en tiempo real.

De estas 27 horas, únicamente en 5 horas (un 18,5%) la energía medida fue igual o superior a la energía programada en el ,048." (Folios 115 y 116)."

Pues bien, la contundencia de los datos expuestos permiten concluir, como efectivamente hizo la CNMC, que durante el período de dos años en el que la central de Escatrón 2 ha estado habilitada para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de funcionamiento TG, la central ha sido asignada para prestar esa reserva en múltiples ocasiones, siendo sin embargo absolutamente excepcional la aportación en el mercado de gestión de desvíos, por parte de esta unidad, actuando en el modo de funcionamiento indicado, de la potencia reservada, que se le ha asignado.

Ha quedado, en definitiva, acreditado el incumplimiento de la recurrente que explica la CNMC en su resolución, incumplimiento reiterado que la recurrente no ha conseguido enervar mediante la prueba a su instancia practicada. Antes al contrario la realidad demostrada puede sintetizarse en que, de una parte Escatrón 2 ha incumplido, de acuerdo con la medida de la energía producida, la reserva de potencia a subir asignada a la recurrente en 13 de los 15 períodos horarios en los que el Operador del Sistema ha intentado hacer uso efectivo (en energía) de la reserva de potencia adicional a subir asignada; y, de otra, que Escatrón 2 no ha producido el total de la energía asignada en gestión de desvíos en un total de 7 de nos 9 períodos horarios en los que la recurrente ha resultado asignada en este mercado, habiéndole sido asignado en esos mismos períodos de reserva de potencia adicional a subir.

Eso ha sido lo que justifica la inhabilitación en el servicio de reserva de potencia adicional a subir sin que ello obste, como parece pretender la recurrente que muestra su sorpresa, que la misma siga habilitada en el mercado de gestión de desvíos para ofertar hasta el total de su potencia neta, correspondiente a su modo de funcionamiento 4 TG más TV, modo de funcionamiento en el que la central sigue estando habilitada para

participar en el servicio RPAS, lo que, en definitiva, confirma que sólo ha sido deshabilitada la recurrente en el servicio RPAS, en el modo de funcionamiento "turbina de gas".

Y, además, tal y como puso de relieve el Operador del Sistema en su contestación a la demanda, la Central continúa habilitada en el mercado de reserva de potencia adicional a subir en sus modos de funcionamiento de ciclo combinado, pudiendo, además, participar en el Mercado Diario, estando también habilitada para participar en los servicios de Gestión de Desvíos, Regulación Terciaria y Regulación Secundaria, en las mismas condiciones que el resto de los ciclos combinados del sistema (página 19 de su contestación a la demanda).

Conviene, por último, señalar que la deshabilitación de los modos de funcionamiento en ciclo abierto (turbina de gas) fue aplicada por el Operador del Sistema a la totalidad de las centrales con este tipo de modo de funcionamiento, sin que conste reclamación alguna por ninguno de los sujetos afectados.

9. Sobre los principios que inspiran las funciones del Operador del Sistema: transparencia, objetividad y eficiencia económica.-

De acuerdo con el artículo 30.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, el Operador del Sistema debe actuar bajo los principios de transparencia, objetividad, independencia y eficiencia económica.

La recurrente considera que se han vulnerado los principios que inspiran las funciones del operador del sistema, concretamente, la transparencia y objetividad, de una parte, así como la eficiencia económica, de otra.

Pero tampoco tales argumentos pueden prosperar. La recurrente sostiene que el Operador del Sistema no ha sido transparente al no haberle alertado de que su conducta podría ser causa de deshabilitación. Sin embargo, por lo pronto y como se señala en la resolución recurrida (fundamento jurídico séptimo) ninguna obligación específica se le impone al Operador del Sistema al respecto en el procedimiento operativo de aplicación al caso. En ningún momento se prevé en el procedimiento de operación 3.9 la obligación específica para el Operador del Sistema de dar unos avisos previos que, por lo demás, no hubieran cambiado los hechos que determinaron la decisión de inhabilitar a la Central que, por lo demás, paladinamente reconoce en su demanda que no ha generado energía en un número elevado de veces en los que se convocan determinados mercados en los que el bien intercambiado es la energía, afirmación que resulta obvia al ser, como la propia recurrente reconoce, una Central poco competitiva cuando de generar energía se trata.

Además, y a propósito de la transparencia, que la recurrente vincula al acceso a la consulta que hizo el Operador del Sistema a la CNMC sobre la inhabilitación prevista en el P.O. 3.9, tampoco podemos aceptar que se ha vulnerado su derecho de defensa. Y es que la recurrente tuvo conocimiento de tal consulta cuando se dirigió al Operador del Sistema que le contestó que debía ser la CNMC quien se la remitiera, lo que efectivamente así se hizo, tal y como consta en el expediente administrativo, habiendo podido alegar sobre el particular lo que tuvo por conveniente. También pone de relieve el Operador del Sistema que los incumplimientos de la recurrente fueron comunicados a medida que fueron identificados, por lo que mal puede decirse que la actora que, como también consta en el expediente atendió las obligaciones de pago derivadas de los referidos incumplimientos, mal puede decirse que le faltara información al respecto. Es más, como consta en el expediente, (folios 90 y siguientes), Global solicitó el acceso a la citada consulta el día 12 de junio de 2014, recibiendo copia de la misma el día 11 de julio siguiente, como consta en el aviso de recibo correspondiente, (folio 111 del expediente), de manera que la actora estuvo informada y tuvo conocimiento de la consulta en cuestión mucho antes de la resolución del conflicto que tuvo lugar el día 5 de marzo de 2015, lapso de tiempo más que suficiente para tomar postura respecto a esta consulta y poder alegar cuanto le conviniera en el trámite de audiencia del procedimiento.

Y, por último, la recurrente también considera la decisión tomada contraria al principio de eficiencia económica, argumentando que al haberse inhabilitado la Central de Escatrón para la prestación del servicio de reserva de potencia adicional a subir -en el modo de funcionamiento Turbina de Gas-, el servicio se va a encarecer al tener que prestarse por centrales más caras.

No es así. Las propias afirmaciones que se contienen en la demanda respecto a la no generación de energía en un número elevado de ocasiones y el reconocimiento palmario de ser una Central poco competitiva cuando de generar energía se refiere (página 25 de su demanda) priva de consistencia al argumento. Y es que, frente a lo alegado, ningún sentido tiene que el sistema siga retribuyendo a Global por un servicio que no presta - y que, según él mismo viene a reconocer- no está en condiciones de prestar. Lo contrario al principio que se invoca sería precisamente que el sistema retribuyese a la recurrente por un servicio que no presta o que no es capaz de prestar cuando se le requiere tal y como ponen de manifiesto tanto el Abogado del Estado como el Operador del Sistema en sus respectivas contestaciones.

10. En virtud de lo expuesto, procede desestimar el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA .



FALLAMOS

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 **277/2015** interpuesto por la representación procesal de la entidad **GLOBAL3 COMBI, S.L.U.** contra contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 5 de marzo de 2015, por la que se desestima la solicitud de resolución del conflicto de gestión económica y técnica del sistema interpuesta, frente al Operador del Sistema Eléctrico, en lo que se refiere a la retirada de la habilitación de la Central de Escatrón 2 para prestar el servicio de reserva de potencia adicional a subir en el modo de funcionamiento "Turbina de Gas"; y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

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 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, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.