

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 18 DE JULIO DE 2013 A EON GENERACIÓN, S.L. POR MANIPULACIÓN FRAUDULENDA TENDENTE A ALTERAR EL PRECIO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA MEDIANTE LA AUTOEXCLUSIÓN DE LA CENTRAL DE PUERTOLLANO (P. SANC. 38/2013).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

PRESIDENTA

D^a MARÍA FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJEROS

D^o EDUARDO GARCÍA MATILLA

D^o JOSEP MARÍA GUINART SOLÁ

D^a CLOTILDE DE LA HIGUERA GONZÁLEZ.

D^o DIEGO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

SECRETARIO DE LA SALA

D. MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, VICESECRETARIO.

En Barcelona, a 10 de julio de 2014

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador seguido contra E.ON GENERACIÓN por manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El presente asunto tiene origen en el expediente informativo incoado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de Energía –CNE- (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o CNMC) de 22 de junio de 2011. Dicho expediente se incoó en vista de las consideraciones recogidas en el “Boletín para la supervisión del mecanismo de restricciones por garantía de suministro, del 4 al 17 de junio de 2011”.

El expediente se refirió en un primer momento a una central de carbón de importación, propiedad de una compañía distinta de la imputada, por una aparente autoexclusión del mercado diario de electricidad. En sesiones de 29 de junio y 22 de septiembre de 2011, así como de 26 de julio de 2012, el Consejo de la CNE acordó ampliar el objeto de este expediente a los propietarios de ciertos ciclos combinados y de otras centrales de carbón de importación. En particular, por acuerdo del Consejo de 26 de julio de 2012 se incluyó a EON GENERACIÓN SL (EON) en el expediente informativo en cuanto titular de la central de Puertollano.

En vista del acuerdo anterior, el 27 de julio de 2012, la CNE remitió un oficio a EON por el que se solicitó que aportase la siguiente información sobre el grupo térmico de Puertollano, a remitir en un plazo de treinta días hábiles la justificación económica de las ofertas en el mercado diario realizadas desde el mes de [...] en adelante, así como la justificación económica de las ofertas realizadas en los mercados intradiarios desde el mes de [...] en adelante, en particular en aquellos casos en los que esas ofertas le hubieran permitido casar en el mercado diario.

Tras una solicitud de ampliación de plazo de 3 de agosto de 2012, concedida por oficio de 10 de agosto siguiente, por escrito de 25 de septiembre de 2012 EON contestó al requerimiento anterior en los siguientes términos:

- Sobre la justificación económica de las ofertas en el mercado diario para el grupo de Puertollano realizadas desde el mes de [...] en adelante: Las ofertas al mercado diario de la central de Puertollano se habrían basado única y exclusivamente en sus costes variables de operación y en la internalización de aquellos riesgos derivados de la programación en el mercado diario. *“Puertollano es una central marginal del sistema, lo que implica regímenes de operación muy severos con arranques y paradas frecuentes y modulaciones de carga pronunciadas, lo que, sumado a los riesgos de operación derivados de los procesos de programación en el mercado, colocan a la central en una complicada posición desde el punto de vista de gestión de su oferta diaria en el mercado de producción”*. El precio ofertado se justificaría en conceptos tales como el coste variable del combustible, el coste de arranque, etc. A lo que habría que sumar una prima de riesgo derivada de la posibilidad de que resulten programaciones técnicamente no factibles y económicamente inviables.
- Justificación económica de las ofertas en el mercado diario para el grupo de Puertollano realizadas desde el mes de [...] en adelante, en particular en aquellos casos en los que esas ofertas le hubieran permitido casar en el mercado diario: E.ON señala que *“la oferta realizada en los [...] días que el grupo fue programado en el mercado intradiario 1 estuvo basada en criterios precio-aceptantes”*. La justificación consiste en que, en ausencia de los riesgos descritos, se adopta la estrategia de ofertar el mínimo técnico de la planta a precio inferior al coste marginal para asegurar una programación factible técnicamente.

Así pues, E.ON alegó que sus ofertas correspondientes a la central de Puertollano se diseñaron considerando los costes variables de operación, con el objetivo de minimizar los riesgos derivados de mecanismos regulatorios y de operación del sistema que puedan afectar al resultado económico de explotación.

SEGUNDO.- A la vista de las actuaciones realizadas y descritas en el apartado anterior, el Consejo de la antigua CNE, en su sesión de 18 de julio de 2013, decidió incoar el presente procedimiento sancionador.

El Acuerdo señaló que la incoación venía motivada por la supuesta manipulación fraudulenta realizada por EON GENERACIÓN tendente a alterar el precio de la energía eléctrica entre el [...]. El Acuerdo señaló que Puertollano se habría autoexcluido del mercado diario y se habría despachado en el intradiario en numerosas ocasiones desde el [...] hasta el [...]. En particular, el Acuerdo consideró [...] días con programación entre tales fechas. Para el cálculo de dichos [...] días con programación no se tuvieron en cuenta los días con parada programada. De dichos [...] días con programación, en [...] días la central de Puertollano fue programada en el intradiario sin haber sido despachada en el mercado diario (un [...] % de los días con programación). Para el cálculo de dichos [...] días no se consideraron los días con parada programada, así como los programados por restricciones técnicas o con asignación de banda secundaria o reserva de potencia a subir. Los concretos días en que, según el Acuerdo, habría tenido lugar la autoexclusión fueron los siguientes (incluidos todos los citados):

- [...]

Asimismo, el Acuerdo señaló que la conducta, sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción, podría constituir un incumplimiento del artículo 60.a) 15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre que tipifica como infracción muy grave: *“Cualquier manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía eléctrica o la medición de las cantidades suministradas”*.

TERCERO.- El 14 de agosto de 2013, tras una solicitud de ampliación de plazo de 23 de julio de 2013, resuelta favorablemente el día 30 siguiente, y tras tomar vista del expediente, EON realizó alegaciones al acuerdo de incoación. Alegó, en resumen, lo siguiente:

- Que el acuerdo de incoación adolecería de falta de motivación. Y ello porque *“El acuerdo de incoación no ofrece la más mínima indicación de los motivos por los que se imputa a E.ON Generación la comisión de una supuesta infracción”*.
- Que no existirían indicios que acrediten la presencia de los elementos del tipo señalados por la jurisprudencia y, en particular, por la Sentencia de 4 de julio de 2012 (manipulación; fraude; intencionalidad). En particular, la CNE no contaría con indicios sobre una eventual manipulación fraudulenta. En vista de ello, afirma, EON *“corresponderá a la CNE en todo caso la carga de razonar y probar las posibles objeciones que pudiera tener a dicho procedimiento, y que están totalmente ausentes en el Acuerdo de Incoación”*.
- Que durante los días señalados en el acuerdo E.ON actuó con arreglo a lo previsto en el marco regulatorio aplicable al sector eléctrico. Así, *“el procedimiento de ofertas presentado por la central de Puertollano busca únicamente optimizar la gestión económica de esta instalación en un escenario donde las limitaciones o recuadros al programa diario que aplica de forma*

regular el operador del sistema, deben ser necesariamente tenidas en cuenta a la hora de gestionar el riesgo económico propio de una central marginal”. Así, en definitiva, según EON, su procedimiento de ofertas “obedece a razones legítimas (al existir una justificación económica clara), y además se ajusta a la normativa”.

EON continúa afirmando que, caso de continuarse con la tramitación del procedimiento, E.ON aportaría prueba documental durante dicha instrucción a fin de acreditar la ausencia de manipulación. Y finaliza su escrito solicitando el archivo del procedimiento y reservándose la posibilidad de realizar nuevas alegaciones si así interesara a su derecho.

CUARTO.- Tras las anteriores alegaciones de EON, y debido a la entrada en funcionamiento de la CNMC, el Director de Energía, a quien pasó a corresponder la instrucción (arts. 25 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como arts. 18 y 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC), practicó actos de instrucción al amparo del artículo 16.2 del Real Decreto 1398/1993, mediante la remisión de sendos oficios de 27 de febrero de 2014 al Operador del Sistema (Red Eléctrica de España) y al Operador del Mercado (OMIE).

El oficio a Red Eléctrica indicó los motivos de la imputación y señaló los [...] días en los cuales había tenido lugar la conducta infractora, requiriendo asimismo al Operador del Sistema para que informase:

- “1) Sobre si, en los [...] días recién señalados, la central de Puertollano 1 no se despachó en PDBF exclusivamente con un programa de rampa descendente en las tres primeras horas del día, ni fue programada por restricciones técnicas con antelación al cierre de la primera sesión del mercado intradiario, ni se le asignó banda secundaria ni reserva de potencia a subir.*
- 2) Sobre si durante los años [...] otras centrales del grupo E.ON fueron programadas por debajo de su mínimo técnico en el Programa Diario Base de Funcionamiento y si dichas centrales, en tal caso, deshicieron su programa en el mercado intradiario al no resultar programadas en el proceso de restricciones técnicas”.*

El oficio al Operador del Mercado, tras indicar asimismo los motivos de la imputación y señalar los [...] días en cuestión, requirió a dicho Operador para que informase:

- “1) En cuáles de los [...] días señalados Puertollano 1 se despachó en el intradiario sin tener programa previo en PDBF (ello sin considerar como despacho rampas de parada en las tres primeras horas del día).*
- 2) En cuáles de los [...] días señalados Puertollano 1 presentó al mercado intradiario una oferta a precio instrumental en, al menos, una hora.*
- 3) Sobre la variación en valor neto medio de la energía programada por las unidades de oferta correspondientes a generación, agregada por tecnología, en*

las distintas sesiones del mercado intradiario respecto al PDBF. En valor medio anual para los años [...]”.

Red Eléctrica contestó al requerimiento de información mediante escrito de 11 de marzo de 2014, con entrada ese mismo día en el registro de la CNMC, al que adjuntó una memoria USB con dos ficheros Excel que complementan el informe. El escrito de Red Eléctrica señaló que en los [...] días señalados en el escrito de solicitud de información, la central de Puertollano 1: No fue despachada en el PDBF en ninguna de las horas del día, excepto el [...], día en el que la central estableció exclusivamente un programa PDBF a modo de rampa descendente en las tres primeras horas de dicho día, no fue programada, en ninguno de los días indicados, en el proceso de solución de restricciones técnicas con antelación al cierre de la primera sesión del mercado intradiario, no resultó asignada en el mercado de reserva de regulación secundaria, ni resultó asignada en el mercado de reserva de potencia adicional a subir. Asimismo, Red Eléctrica incluyó una tabla en la que se indica, para las restantes unidades de programación térmica de régimen ordinario del grupo E.ON, cierta información correspondiente a los años [...].

OMIE contestó al requerimiento de información mediante un escrito de 11 de marzo de 2014, presentado ese mismo día ante la CNMC. En dicho escrito indicó que la central Puertollano 1 se despachó en el intradiario sin tener programa en el PDBF en los [...] días señalados en el propio procedimiento, así como que la central Puertollano 1 presentó al mercado intradiario una oferta a precio instrumental en, al menos, una hora, en [...] de los [...] días señalados en el procedimiento. En [...] de ellos presentó oferta de venta a precio instrumental en al menos una de las horas, y en dos de ellos presentó oferta de compra a precio instrumental en al menos una de las horas. El escrito de OMIE especificó los días en uno y otro caso –oferta de compra o de venta- (folio 346). Asimismo, OMIE acompañó una tabla que muestra los valores totales de energía programada por las distintas tecnologías de generación, en la primera sesión, así como en el total de las sesiones del mercado intradiario, respecto al PDBF, para los años [...].

QUINTO.- Mediante diligencia de 19 de mayo de 2014, el Director de Energía incorporó al procedimiento información relativa a los precios del mercado intradiario. Con arreglo a dicha información resultaba que:

- Durante [...] los precios del mercado intradiario fueron, en valor medio anual, inferiores a los del mercado diario en [...] €/MWh y en [...] €/MWh, respectivamente. Ambos datos, tomando para cada hora y cada sesión del intradiario la diferencia entre los precios diario e intradiario.
- En los [...] días en que tuvo lugar la autoexclusión, si tomamos para cada hora en que Puertollano fue programada la diferencia entre el precio diario y el precio de la primera sesión del intradiario en que fue despachada en esa hora, el resultado es que el precio del mercado intradiario fue [...] euros/MWh inferior al mercado diario.

Mediante la misma diligencia, el Director de Energía incorporó al expediente un informe por el que se estimaba el beneficio obtenido por EON a través de la conducta fraudulenta llevada a cabo mediante Puertollano1 en el entorno de los 300.000 euros. Asimismo, la diligencia indicada incorporó un informe del que resulta que, en el período con mayor volumen de días con autoexclusión, Puertollano tendría condición de central marginal.

SEXTO.- Mediante comunicación de 27 de mayo de 2014 el Director de Energía de la CNMC procedió a formular propuesta de Resolución en el presente procedimiento sancionador.

La propuesta sostuvo, en síntesis, que en los [...] días objeto de imputación, Puertollano 1 fue programada en el mercado intradiario sin haber sido despachada en el diario. Y que en [...] días de esos [...] días, Puertollano realizó ofertas de venta instrumentales en el mercado intradiario. Dicha conducta se consideró fraudulenta porque el precio del intradiario fue inferior al del diario en términos medios, no sólo en [...], sino también durante los [...] días objeto de imputación. Adicionalmente, Puertollano era una central marginal o inframarginal durante las fechas objeto de imputación. Y la retirada de una central marginal o inframarginal del diario tiene capacidad de manipular dicho mercado, elevando los precios, porque en lugar de la central retirada debe despacharse otra más cara. La propuesta consideró que el Grupo E.ON pudo obtener un beneficio de alrededor de trescientos mil euros a través de este procedimiento fraudulento. En vista de ello, el Director de Energía formuló a la Sala una propuesta de sanción de quinientos sesenta mil euros por infracción del art. 60.a).15 de la Ley 54/1997, en relación con el artículo 61.a) de la misma Ley.

Tras una solicitud de ampliación de plazo concedida mediante oficio del Director de Energía 4 de junio de 2014, E.ON formuló alegaciones a la propuesta de Resolución que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- **Supuesta falta de motivación del Acuerdo de Incoación:** E.ON reitera su alegación relativa a la supuesta falta de motivación del Acuerdo por el que se incoó el presente procedimiento sancionador.
- **Supuesta falta de tipicidad:** En opinión de la imputada, la existencia de ciertas modificaciones regulatorias y, singularmente, del mecanismo de restricciones por garantía de suministro previsto en el RD 134/2010, habría condicionado el modo de ofertar de la central de Puertollano, siendo su actuación legítima, y por tanto atípica. Por esa misma razón debería concluirse, en opinión de la imputada, que no existió en este caso vulneración del art. 60.a) 15 de la Ley 54/1997, al no concurrir los elementos de dicho infractor.
- **Supuestos errores en el cálculo del beneficio obtenido:** A juicio de la imputada, la Propuesta de Resolución incurriría en errores al calcular el beneficio obtenido por el Grupo empresarial E.ON.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 26 de junio de 2014, el Director de Energía de la CNMC, en virtud del art. 19.3 del Real Decreto 1398/1993, elevó el asunto a la Sala de Supervisión Regulatoria como órgano encargado de resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

PRIMERO.- Competencia para resolver el presente procedimiento.

La resolución del procedimiento corresponde a la CNMC por tratarse de infracción grave de las contempladas en el artículo 73.3.b) de la ley 24/2014, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En virtud del artículo 14.1 b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la resolución será adoptada por la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC.

SEGUNDO.- Procedimiento aplicable.

A tenor del artículo 29.3 de la Ley 3/2013 *“El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por lo establecido en esta Ley en las leyes mencionadas en el apartado 1, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo...”* A tenor de esto último, el procedimiento es el establecido en el artículo 11 y siguientes del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, así como en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Resultando asimismo de aplicación lo dispuesto en el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en el que se contiene el régimen de infracciones y sanciones del Sector Eléctrico, por tratarse éstas de las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de infracción administrativa, en los términos establecidos tanto en el artículo 128 de la citada Ley 30/1992 como en el artículo 4 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Objeto de imputación en la Propuesta de Resolución

El presente procedimiento sancionador se incoó por la conducta de EON consistente en la supuesta manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía (art. 60.a.15 de la Ley 54/1997).

La Propuesta de Resolución, que calificó la conducta como grave en virtud del art. 61.a) de la Ley 54/1997, consideró que la conducta se habría realizado en [...] días de los [...] en los que Puertollano fue despachada en [...], de este modo:

- En los [...] días en cuestión *“Puertollano fue programada en el mercado intradiario sin haber sido despachada en el diario. En [...] días de esos [...] días, Puertollano realizó ofertas de venta instrumentales en el mercado intradiario”*. Esa conducta incurría en fraude porque el precio del intradiario fue inferior al del diario en términos medios, no sólo en [...], sino también en [...] y durante los [...] días señalados. En vista de ello, los precios del diario (superiores) hubiesen bastado para cubrir los costes de funcionamiento de Puertollano. Esto último determinaba *“que Puertollano fuese una central marginal o inframarginal durante las fechas objeto de imputación”*, añadiendo que *“La retirada de una central marginal o inframarginal del diario tiene capacidad de manipular dicho mercado, elevando los precios del mismo, porque en lugar de la central retirada debe despacharse otra más cara”*.
- A diferencia de la estrategia fraudulenta seguida con Puertollano, *“EON, en las fechas objeto de imputación, programó otras centrales de generación térmica en régimen ordinario por debajo de su mínimo técnico en el diario para aumentar las posibilidades de que fuesen programadas para la solución de restricciones técnicas, deshaciendo sus programas en caso contrario, especialmente en [...]”*. Es decir, de los actos de la propia EON puede deducirse que el sujeto no aprecia riesgo alguno en relación con la liquidez del mercado intradiario en [...] y especialmente [...]”.
- La Propuesta de Resolución estimó que el Grupo EON pudo obtener un beneficio de alrededor de 300.000 de euros a través de este procedimiento fraudulento.

SEGUNDO.- Sobre las alegaciones efectuadas por EON GENERACIÓN

En sus escritos de alegaciones, y singularmente en el escrito de alegaciones presentado durante el trámite de audiencia, EON alegó, en síntesis, que no existen indicios que acrediten la presencia de los elementos del tipo señalados por la jurisprudencia y, en particular, por la Sentencia de 4 de julio de 2012 (manipulación; fraude; intencionalidad). En particular, la CNE no contaría con indicios sobre una eventual manipulación fraudulenta, y ello porque las ofertas de Puertollano se habrían visto condicionadas por las características de la central y su sujeción al sistema de restricciones por garantía de suministro.

TERCERO. Análisis de los elementos del tipo en vista de las particularidades de la central térmica de Puertollano

El tipo previsto en el art. 60.a.15 de la Ley 54/1997 exige la manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía en el mercado.

En sus alegaciones, E.ON afirma que la finalidad de su actuación no fue alterar el precio del mercado, sino que actuó de conformidad con las reglas del mercado y atendiendo a las particulares características de la central de Puertollano, la cual es susceptible de verse afectada por el mecanismo de restricciones por garantía de suministro.

La valoración de la prueba en este procedimiento sancionador debe tener en cuenta las concretas circunstancias de la central objeto del mismo y, en particular, su sujeción al mecanismo de restricciones por garantía de suministro. Por ello, pese a la existencia de indicios de que existió una manipulación fraudulenta del mercado, la Sala considera que, en el presente caso, durante los días objeto de imputación, las particularidades de la central de Puertollano no permiten excluir que su actuación pretendiese fines distintos de dicha alteración fraudulenta del precio del Mercado Diario de electricidad. Por otro lado, el principio de tipicidad determina que la conducta no pueda enjuiciarse con arreglo a tipos previstos en la nueva Ley 24/2013. Por tanto, en vista de que el señalado tipo del art. 60.a) 15 de la Ley 54/1997, vigente al momento de los hechos, exige la señalada finalidad de alterar el precio del mercado, y dado que para los días objeto de imputación, como se dijo, tal finalidad no resulta demostrada con claridad, procede declarar el sobreseimiento, en aplicación de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador:

ACUERDA

Declarar el **SOBRESEIMIENTO** del presente procedimiento sancionador seguido contra E.ON GENERACIÓN por la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.a) 15 en relación con el artículo 61.a), ambos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

La presente Resolución agota la vía administrativa, pudiendo ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.