

A LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Laia ORTIZ CASTELLVI, provista de DNI con y **Joan COSCUBIELA CONESA**, provisto de DNI con , ambos diputados a Cortes, con domicilio a efectos de notificaciones, en Barcelona, Passatge del Rellotge nº 3, ante la Fiscalía General del Estado comparezco y DIGO:

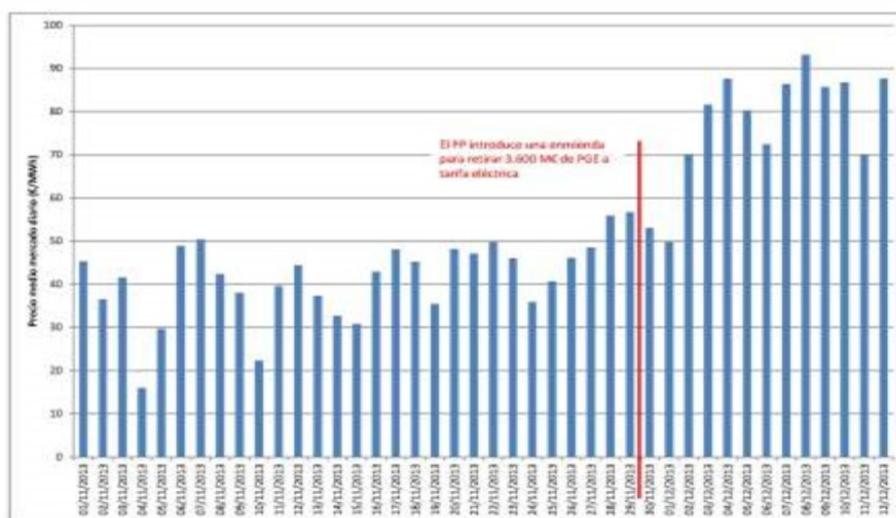
Que por el presente escrito formulo DENUNCIA de los hechos que seguidamente se detallan:

I. ANTECEDENTES Y HECHOS.

 El **29 de noviembre** (viernes) el Grupo mayoritario del Senado presentó una enmienda a la Ley del Sector Eléctrico por la que finalmente no se contemplan 3.600 millones de euros para cubrir el denominado extracoste, déficit de tarifa (que debiera denominarse, en todo caso, el superávit – no percibido - en la retribución).

 Desde el **2 de diciembre** (lunes) se produce un notable incremento del precio medio diario de la electricidad en el mercado mayorista –pool- (ver

gráfico)¹



En este contexto, se celebra en fecha **19 de diciembre** la subasta trimestral, CESUR, a la que concurren, entre otros agentes, las eléctricas Endesa, Gas Natural Fenosa, Iberdrola, HC y E.ON). El comportamiento de los postores es anómalo, y en tal subasta, el resultado fue, en definitiva, un aumento del 30% del precio, respecto de la inmediatamente anterior celebrada tres meses antes, lo que supondría un incremento del 10,5% en la factura del consumidor final.



En fecha 20 de diciembre de 2013, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) decidió que no procedía validar la 25ª subasta CESUR realizada el 19 de diciembre ante **la concurrencia de circunstancias atípicas** en el desarrollo de la misma y en **un contexto de precios elevados en el mercado diario durante las semanas previas**.

¹ (fuente: jorgemoralesdelabra.wordpress.com)



En fecha 21 de diciembre aparece publicada una entrevista en el diario ABC en el que el Ministro de Industria, Energía y Turismo refiere que, en expresión literal “**la subasta se ha manipulado**”.

II. DE LA CONCURRENCIA DE “CIRCUNSTANCIAS ATÍPICAS”.

A) DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATÍPICAS EN LA SUBASTA.

1. La expresión “conurrencia de circunstancias atípicas” pretende ser una expresión neutra, pero, con todo, denota la gravedad de la situación.

Una situación creada por las compañías eléctricas generadoras de energía, interesadas en una elevación de precios que, sin duda, opera en su propio beneficio.

2. Así, en el BOE de 21 de diciembre aparece publicado los razonamientos del Informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Por ello, y con fecha 20 de diciembre de 2013 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido un pronunciamiento, inserto en la **Resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía**, en el que se afirma:

«De acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Orden ITC/1601/2010, de 11 de junio, por la que se regulan las subastas CESUR a que se refiere la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, con la información certificada por la entidad responsable de la organización y gestión de la subasta CESUR, que se ha puesto a disposición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta Comisión concluye que no procede validar la subasta, atendiendo igualmente a lo previsto en el artículo 14.1 de la Orden 1659/2009, de 22 de junio, a la vista de la concurrencia de las siguientes circunstancias atípicas:

- Un volumen calificado agregado antes de iniciarse la subasta inferior en un 11,5% al de otras subastas con volumen subastado similar (22.^a y 24.^a CESUR), lo que arroja una ratio de elegibilidad (volumen calificado/volumen subastado) un 10,4% inferior a la de dichas subastas.

- Retiradas de volumen agregado por ronda superiores en términos relativos a las acontecidas en las subastas 22.^a y 24.^a, en especial en la primera ronda (superior en un 55% al promedio de las retiradas en la primera ronda de dichas subastas).

- Un conocimiento por parte de los agentes, en rondas muy tempranas, del exceso de oferta en tramos inferiores al tramo ciego (superior al 200% de exceso). Concretamente, por primera vez al finalizar la ronda 3 los agentes supieron que se encontraban con un exceso de oferta inferior al 200%, saltando dos tramos hasta el rango de 150-175% de exceso, algo que no se había producido antes del final de la ronda 5 en las subastas celebradas desde 2010.

- Como consecuencia, la 25.^a subasta ha finalizado en la ronda 7, siendo la ronda de cierre más temprana de todas las subastas CESUR celebradas, que en ningún caso cerraron antes de la ronda 12.

Asimismo, el precio del producto base resultante de la subasta CESUR (61,83 €/MWh) ha alcanzado diferencias superiores a un 7% con respecto a las referencias de precios de los contratos equivalentes en los mercados OTC (57,67 €/MWh) y OMIP (57,55 €/MWh) el día anterior a la subasta. Esta diferencia entre el precio del producto base subastado en CESUR y las referencias de los mercados a plazo ha sido la más elevada de las registradas en las últimas diez subastas, cuyo diferencial no superó en ningún caso el 2%.

B) DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES A LA SUBASTA.

1. Como hemos dicho, es hecho constatado y constatable el encarecimiento del valor de la energía eléctrica tras el conocimiento de la “pérdida” de la aportación de 3.600 millones de euros para cubrir, repetimos, el supuesto déficit de tarifa o, mejor dicho, el superávit en las retribuciones.
 2. Desglosamos separadamente los hechos acontecidos en cada uno de los sectores de producción de energía eléctrica.
- (i) Producción eólica: Las centrales de producción de electricidad que aprovechan la energía eólica batieron el pasado mes de noviembre un nuevo récord de participación en el sistema eléctrico de España, con una producción de 6.238 GWh, equivalente al 30,1% de toda la electricidad producida en España durante ese mes, según los datos oficiales facilitados por Red Eléctrica de España (REE). La energía eólica se situó el mes de noviembre como líder destacado en la producción de electricidad en España, por encima de la suma de la energía nuclear y de los ciclos combinados (centrales de gas). La producción de energía eólica del noviembre de 2013 supone un incremento del 40,8% respecto al mismo mes del año 2012.

Pues bien, en el presente mes de diciembre la producción cayó “en picado” desde el conocimiento de la no aportación de 3.600 millones de euros para cubrir el déficit de tarifa.

La CNMC señala que ha existido:

“ Un escenario de reducida producción eólica que se ha mantenido durante tres semanas. En concreto, en diciembre, la producción eólica ha sido un 30% inferior al mismo periodo del año anterior. Respecto al mes de noviembre, la producción eólica ha sido en valor medio diario un 49% inferior.”

- (ii) En el mes de diciembre el 46,6% de la potencia de producción eléctrica nuclear no está activo.

En fecha 2 de diciembre, la central nuclear de Trillo (Guadalajara) procedió a ejecutar una "parada manual de la turbina y del reactor, al

objeto de enfriar la planta" tras detectar una avería ("pérdida de aceite en un cojinete de la turbina"). Las centrales nucleares de Vandellós y Almaraz II no estaban productivas en este período de diciembre.

En total son unos 3.660 megavatios no productivos, de un total de 7.866 megavatios de producción eléctrica nuclear.

La CNMC señala que ha existido:

“Una elevada indisponibilidad de algunas centrales de generación, alcanzando en el mes de diciembre más de 6.000-8.000 MW indisponibles, cuando en el mismo periodo del año anterior se registraron 2.000-4.000 MW. En concreto, en el periodo analizado han estado indisponibles hasta 4 grupos nucleares (de los 8 existentes), por una potencia de hasta 3.510 MW, un 46% de la potencia nuclear instalada en el sistema eléctrico español, entre 541 y 2.367MW de instalaciones de carbón, entre 1.215 y 2.410 MW de instalaciones de ciclo combinado de gas, y entre 1.215 y 2.361 MW de instalaciones hidráulicas”

- (iii) Para cubrir el hueco que deja la menor producción por parte de las renovables, tienen que entrar en funcionamiento primero las centrales de carbón y después las centrales de ciclo combinado.

En los primeros 18 días de diciembre, la producción con ciclos combinados ha aumentado un 116% en comparación con los primeros 18 días de noviembre.

La CNMC señala que:

“La producción de energía eléctrica por esta fuente resulta notablemente más cara. Todo ello ha provocado el funcionamiento de centrales de gas que previamente era prácticamente nulo, habiéndose producido un cambio en la tecnología marginal pasando del carbón al gas natural. Este cambio de tecnología marginal ha supuesto un incremento de costes de un 50%. Adicionalmente, la escasez de gas

natural en la península ibérica ha llevado a un incremento de los precios de gas en esta zona de un 16% en diciembre con respecto al mes anterior”.

III. REPROCHE PENAL DE LA MAQUINACIÓN PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS. DELITO PREVISTO Y PENADO EN EL ART. 284 CP.

A) DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

1. Nuestro Código Penal, tiene previsto y penado en su artículo 284 el delito de alteración de precios que “hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos”.
2. Para la concurrencia de tal delito debe mediar engaño o utilización de información privilegiada.

B) DE LA COLUSIÓN AL ENGAÑO COMO MECANISMO DE ALTERACION DE PRECIOS.

1. Lo ocurrido no es cualquier cosa, todo lo contrario. Se evidencia, en un primer examen, probablemente (pero con toda seguridad) unos de los mayores episodios de colusión empresarial con la finalidad de fijar precios al alza en el denominado mercado eléctrico.
2. Nuestro anterior Código Penal no tipificaba el concierto para alterar el precio del remate (un supuesto declarado atípico por la conocida STS de 3 de octubre de 1986), ahora bien el nuevo Código Penal (L.O. 10/95) y la modificación legislativa operada tras la L.O. 15/2003 ha llevado a diversos sectores doctrinales a considerar un actuar delictivo previsto y penado en el art. 262 CP.

3. Ahora bien, como quiera que tal elevación del precio mayorista de la electricidad –pool- (producido desde, y a partir del, conocimiento de la retirada de 3.600 millones de euros inicialmente previstos para saldar el denominado déficit de tarifa) no responde a factores objetivos nos situaríamos ante la existencia de un **engaño**.
4. Desde antiguo, el Tribunal Supremo, viene identificando el concepto de engaño (al analizar los requisitos del delito contra el patrimonio de estafa) de manera, “que puede revestir innumerables modalidades e incontables maneras de manifestarse, consiste en la asechanza tendida a la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo, de los que se vale el infractor para, induciendo a error al ofendido u ofendidos viciar su voluntad o su consentimiento...” (STS de 20 Mar. 1985, entre muchas otras en sentido semejante).
5. El engaño no es sobre el precio, cosa que en los delitos patrimoniales de estafa veda todo pronunciamiento condenatorio (por todas, STS de 2 de enero de 2003).

El engaño lo es sobre los hechos que han motivado la elevación exponencial del precio de tal energía.

C) **COLUSIÓN MEDIANTE EL USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA?**

1. Con toda seguridad también, pudiera concurrir el elemento o requisito del tipo penal de información privilegiada.
2. Con el fin de aumentar la seguridad jurídica de los participantes en los mercados, la Directiva 2003/124 precisó la definición de dos elementos esenciales de la información privilegiada, esto es, el carácter preciso de esta información y el alcance de su impacto potencial sobre los precios. El artículo 1, apartado 1, de esta Directiva establece así que “se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a [una conclusión

sobre] el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes”.

3. Hay que tener muy muy presente que más del 80% de la oferta y la demanda de la electricidad está controlada por tres grandes grupo de sociedades o compañías eléctricas.
4. ¿Cómo se condiciona el precio?: reteniendo agua, parando centrales (eólicas o nucleares) y pactando precios.

¿Qué nivel de información precisa que permita concluir su efecto se ha manejado de “forma cruzada” entre tales compañías?.

D) OBLIGADA INVESTIGACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL.

1. Las “circunstancias atípicas” que reseña la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) deben ser investigadas desde el punto de vista de la posible responsabilidad penal.
 - (i) Entre otros hechos, debe ser objeto de investigación la realidad y necesidad de la parada técnica de la Central Nuclear de Trillo, que se produce a sabiendas de la alteración en el suministro de energía que ello produciría y de la inmediata traslación al alza del precio de la energía eléctrica.

Acontece el suceso el día 2 de diciembre (lunes) y, repetimos hasta la saciedad, el 29 de noviembre (viernes) se conoce la falta de aportación de 3.600 millones de euros inicialmente previstos para cubrir el denominado déficit de tarifa.

- (ii) Entre otros hechos, debe ser objeto de investigación la realidad de falta de condiciones para la abismal caída de producción de energía eléctrica de origen eólico habida en diciembre (habiendo

sido el mes anterior, el mes record en producción) tras el conocimiento por parte de las eléctricas de la falta de aportación de 3.600 millones de euros.

(iii) Entre otros hechos, debe ser objeto de investigación la existencia o no de retención de caudal embalsado para no generar mayor electricidad.

2. Tantos factores exógenos a la subasta no pueden obedecer a un cúmulo de casualidades. La unión de tales factores y los factores endógenos de la propia subasta y las expresiones de un Ministro del Gobierno (“la subasta ha sido manipulada”) determinan la necesidad de investigación de las responsabilidades penales.

Y, en cualquier caso, incluso suponiendo que realmente hubieran concurrido “numerosas casualidades” que hubieran llevado a tamaña reducción de potencia eléctrica disponible, debe ser investigado si éstas, por sí solas, justifican la elevada subida de precios que se ha producido desde el día 2 de diciembre.

IV. REPROCHE PENAL DE LA ALTERACION DE PRECIOS EN SUBASTAS Y CONCURSOS PUBLICOS. DELITO PREVISTO Y PENADO EN EL ART. 262 CP.

1. En frase expresada por el Ministro de Industria, Energía y Turismo en entrevista concedida al diario ABC, *“la subasta ha sido manipulada”*.
2. De considerar (como presupuesto jurídico previo) la subasta como de carácter público, nos encontraríamos ante la tipicidad penal prevista y penada en el art. 262 de nuestro vigente Código Penal por el que:

“ Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el

precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.”

3. El carácter público o no de la subasta es una cuestión jurídica a establecer, así como la naturaleza de la convocatoria, proveniente o no de la Administración o Ente público.
4. Ya la STS de 3 de octubre de 1986, fijaba los términos del debate intelectual al afirmar en su FJ 5 que “Por «subasta pública», para unos, se entiende cualquier subasta a que puedan concurrir cualesquiera postores, con tal de que cumplan las condiciones fijadas en el correspondiente pliego debidamente anunciado, mientras que, para otros, subastas públicas lo son tan sólo las judiciales, administrativas o notariales, debiendo desecharse las de índole privada.”.
5. No debemos olvidar que la subasta deriva de la disposición legalmente establecida por la Ley 54/97, y en concreto por su art. 33 que determina las funciones del denominado operador de mercado, funciones ejercidas desde el 1 de julio de 2011 en cumplimiento del convenio Mibel, por OMIE, y que en ella se impone la compra de determinado volumen de energía a una serie de compañías a las que luego, a su vez, se obliga a suministrarla a los consumidores finales a precios publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Por todo lo anteriormente expuesto,

SOLICITO que:

1. habiendo presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por denunciados los hechos que se relatan;
2. incoando diligencias pre-procesales, para la investigación de los hechos, la fijación o determinación de los responsables y la responsabilidad penal que se deriva de lo anterior.

En Barcelona, a 23 de diciembre de 2013.