

Id. Cendoj: 28079230062010100474
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 23/03/2010
Nº de Recurso: 252/2008
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de marzo de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 42/2008, se tramita, a instancia de GAS NATURAL ELECTRICIDAD, SDG, S.A.,

representada por la Procuradora Dña. M^a África Martín Rico, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la

Competencia, de 25 de abril de 2008 (expediente 625/07), sobre conductas prohibidas por la ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha

intervenido como parte codemandada ENDESA GENERACION, S.A., representada por el Procurador D. José Guerrero

Trasoyeres, siendo la cuantía del recurso 1.500.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de GAS NATURAL ELECTRICIDAD, SDG, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 24 de junio de 2008, y la Sala, por providencia de fecha 1 de julio de 2008, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal de ENDESA GENERACION, S.A. presentó el 12 de septiembre de 2008 escrito de personación, y por Diligencia de Ordenación de 20 de noviembre de 2008 se le tuvo por personada en condición de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y tras los escritos de conclusiones, y oír a las partes sobre la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 27 de enero 2010 en el recurso de casación 5569/2007, se señaló para votación y fallo el día 16 de marzo de 2010.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de de abril de 2008, sobre conductas prohibidas por la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

La Resolución impugnada de la CNC efectúa, en lo que interesa a este recurso, los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

Primero.- Declarar que GAS NATURAL ELECTRICIDAD SDG, S.A., ha incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, los días 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 29 y 30 de enero; 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26 y 27 de febrero; 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 23, 24, 25, 26, 29, 30 y 31 de marzo; 1, 2, 6, 14 y 15 de abril, y 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17 y 18 de junio de 2004, en que su central San Roque 1, situada en la Zona Sur y gozando de posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas de la zona esos días, ofertó al mercado diario de la energía precios muy superiores a los precios que se estaban formando en el mercado, y ello para no casar en el mercado diario, ser llamada a producir en restricciones técnicas, y cobrar por la energía producida para restricciones técnicas el precio, más elevado, de su oferta al diario.

Segundo.- Intimar a GAS NATURAL ELECTRICIDAD SDG, S.A. para que en el futuro, se abstenga de realizar tales prácticas.

Tercero.- Imponer a GAS NATURAL ELECTRICIDAD SDG, S.A. una multa de 1.500.000 €.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en los dos diarios de mayor circulación nacional, en el plazo de dos

meses, publicación que se hará a expensas de GAS NATURAL ELECTRICIDAD SDG, S.A.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega en su demanda: 1) Error de apreciación y ausencia de motivación suficiente sobre la definición del mercado relevante, 2) Error de apreciación, error de derecho y falta de prueba de la posición de dominio: infracción del artículo 6 de la ley 16/89, 3) Error de apreciación y derecho sobre la existencia de un abuso de posición de dominio: infracción del artículo 6 de la ley 16/1989, y 4) Falta de justificación de la sanción impuesta: ausencia de culpabilidad de GNE y vulneración de los principios de confianza legítima y buena fe.

El Abogado del Estado contestó las alegaciones de la parte actora, y expuso que el mercado de referencia ha sido correctamente definido desde el punto de vista geográfico y de producto, que en el mercado de restricciones técnicas de la zona sur la central de San Roque I de GNE ostentaba posición de dominio, que está acreditada la intencionalidad de la recurrente, pues efectuó ofertas a precios muy superiores, sabiendo que la central no sería llamada a general en el mercado diario, sin que se haya producido un cambio de criterio, pues el primero de los sobreseimientos que invoca la recurrente se produjo en sede del SDC, sin que hubiera posterior recurso ante el Consejo de la CNC, y se ha producido un cambio de circunstancias en el segundo sobreseimiento, confirmado por la CNC, por la entrada de 4 nuevas centrales a competir en la zona, ni existe tampoco vulneración del principio de confianza legítima.

TERCERO.- Hacemos una referencia a los distintos precedentes de esta misma Sala, así como a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, que tienen por objeto conductas de empresas productoras de energía eléctrica, similares a las que examinaremos en el presente recurso.

Los criterios seguidos por esta Sala se pueden resumir en la forma siguiente: en un primer grupo de sentencias no entramos en el fondo de asunto, por apreciar la caducidad del expediente sancionador (sentencias del apartado 1), posteriormente entramos en el fondo y confirmamos la Resolución sancionadora del TDC (sentencia del apartado 2), y finalmente, cambiamos de criterio y, estimando el recurso, anulamos la Resolución sancionadora del TDC (sentencia del apartado 4), en aplicación de los criterios del Tribunal Supremo sobre este mismo asunto (sentencias del apartado 3).

1) Sentencias de esta Sala de 3 y 15 de noviembre de 2006 y 23 de mayo de 2007, recaídas en los recursos 344/2004, 357/2004 y 360/2004 , en los que se impugnaba la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004 (expediente 552/02), en el que impusieron sanciones de 901.508,16 euros a Iberdrola Generación, Endesa Generación y Unión Fenosa Generación. Las sentencias no entraron en el fondo, por apreciar caducidad en el expediente.

2) Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 2009, recaída en el recurso 166/2007 , en el que Iberdrola Generación impugnaba la Resolución de TDC de 8 de marzo de 2007 (expediente 601/05), que le impuso una multa de 38.710.349 euros, por una infracción de abuso de posición de dominio, consistente en ofertar al mercado diario de la energía precios encaminados no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas, en cuya situación era el único posible oferente. La citada sentencia desestimó el recurso de Iberdrola Generación y confirmó la resolución del TDC, por ser conforme a derecho.

3) Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 (recursos de casación 1279/07 y 5569/07) y 28 de enero de 2010 (recurso de casación 1278/2010), que estimaron los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por esta Sala en nuestros recursos 344/2004, 357/2004 y 360/2004, antes citados, que casaron las sentencias y estimando los recursos de Iberdrola Generación, Endesa Generación y Unión Fenosa Generación, anularon la Resolución del del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada.

4) Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2010, recaída en el recurso 33/2007, en el que Enel Viesgo Generación, S.L. impugnaba la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 28 de diciembre de 2006, de imposición de sanción de multa de 2,5 millones de euros, por una conducta de abuso de posición de dominio similar a la de los casos anteriores. La citada sentencia estimó el recurso y anuló la Resolución del TDC impugnada en aplicación de los criterios contenidos en las sentencias del Tribunal Supremo citadas en el apartado anterior.

CUARTO.- Como hicimos en la última de las sentencias citadas, de 10 de febrero de 2010, hemos de tener en cuenta para resolver el presente litigio, los criterios del Tribunal Supremo sobre esta materia, contenidos en las sentencias de 27 y 28 de enero de 2010.

Cuarto.- La infracción imputada a las tres empresas eléctricas fue la de haber ofrecido al mercado diario de electricidad, los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, unos "precios de oferta inusualmente altos", a sabiendas de que no serían casados en dicho mercado diario sino que se abriría el procedimiento ulterior para solucionar las "restricciones técnicas", en cuyo curso aquellas empresas serían llamadas a facilitar la energía generada en sus centrales respectivas, situadas en unas zonas geográficas determinadas en las que no tienen competencia. Se les acusa individualmente de un abuso de la posición dominante que, según el Tribunal de Defensa de la Competencia, ostentan en el "mercado de suministro eléctrico bajo restricciones técnicas".

Es importante señalar desde un principio que la propia Administración sancionante ha descartado que hubiera una conducta colusoria por parte de las empresas eléctricas, esto es, que se hubieran puesto de acuerdo entre sí para la elevación artificial de sus precios de oferta al mercado en las referidas fechas, o que esta elevación constituyera una práctica conscientemente paralela. Ulteriormente nos referiremos a las consecuencias jurídicas que dicha circunstancia pudiera suponer para la evaluación de las conductas sancionadas.

Quinto.- Aun cuando no será preciso describir en la sentencia el funcionamiento del mercado de generación de energía eléctrica con la elogiada exhaustividad con que lo han hecho tanto el Servicio como el Tribunal de Defensa de la Competencia sí resulta necesario destacar alguno de los rasgos que presentaba en las fechas de autos, singularmente en relación con la fase de gestión de las restricciones técnicas.

A) Según el régimen normativo vigente en noviembre de 2001, las empresas productoras de energía eléctrica que participaban en el mercado liberalizado estaban obligadas a que su oferta diaria fuera única para cada central y cada hora del día posterior. La misma oferta presentada al mercado diario se utilizaba también para la hipótesis de que fuera puesto en marcha el sistema de solución de restricciones

técnicas.

Había un consenso generalizado en que este sistema provocaba distorsiones y era inadecuado, lo que compartía incluso la Comisión Nacional de Energía, que en alguno de sus informes se refiere a los "vacíos normativos o inconsistencias en las normas de detalle que regulan el funcionamiento del mercado". Así lo vino a reconocer a posteriori el titular de la potestad reglamentaria al aprobar el Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, cuyo preámbulo admite que "[...] la utilización de las mismas ofertas para el mercado diario y para la resolución de restricciones técnicas, mecanismo previsto en la actual redacción del artículo 12 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, ha revelado la aparición de interferencias en el mecanismo de mercado e ineficiencias en la asignación de recursos".

Uno de los efectos desfavorables de aquel sistema era la distorsión que podía provocar en las lógicas predicciones que las generadoras habían de hacer sobre el uso y el coste de sus centrales, al hacer las ofertas únicas de precios para el día siguiente. No se ha impugnado el hecho de que los costes incurridos para atender al mercado diario pueden ser diferentes -esto es, superiores- a los derivados de acudir, obligatoriamente, al mecanismo de resolución de restricciones técnicas. Se trata de regímenes de funcionamiento operativo distintos, por ejemplo, en lo que se refiere a las paradas e interrupciones, con una estructura de costes diferente. Existen determinados sobrecostes asociados al funcionamiento de las centrales llamadas para resolver restricciones técnicas.

Todo ello requería que las generadoras debieran llevar a cabo previsiones, no siempre cumplidas después, sobre qué modalidad de funcionamiento de su central (casación ordinaria o proceso de solución de restricciones técnicas) consideraban más probable, para así ajustar su oferta única sin incurrir en pérdidas, pudiéndose generar errores de previsión. La Comisión Nacional de Energía reconocería más tarde que no podía pronunciarse sobre la calidad los modelos de previsión utilizados.

Frente a lo que en algún pasaje de su resolución afirmará el Tribunal de Defensa de la Competencia, las ofertas que se presentaban en el año 2001 al mercado liberalizado a efectos de ser casadas no tenían que responder necesariamente a una determinada relación coste/precio. En el mercado liberalizado lo decisivo es el precio de casación al que se llega tras cruzar las ofertas y la demanda, sea cual sea el coste que para cada uno de los oferentes impliquen sus propios procesos productivos. Cada uno de los generadores puede libremente proponer los precios de casación que considere adecuados y es precisamente el juego de la oferta y la demanda el que determinará la aceptación o el rechazo de aquéllos.

La decisión legislativa de liberalizar el mercado de generación de electricidad implica que son las empresas quienes, al formular sus ofertas, asumen el riesgo de quedar excluidas de la casación si sus precios son mayores que los de otras. Salvo que se demuestre la colusión entre las distintas empresas, el mero hecho de que alguna proponga unos precios elevados no implica por sí mismo una conducta restrictiva de la competencia pues precisamente es el mercado quien dará la respuesta debida a aquéllos. Todo ello es aplicable a las ofertas efectuadas al mercado diario que, como ya hemos indicado, reglamentariamente coincidían hasta el año 2004 con las aplicables a la gestión de restricciones técnicas.

B) La decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas no

corresponde a las empresas generadoras sino al gestor técnico del sistema ("Red Eléctrica de España, S.A.") que, a estos efectos, cumple una función que bien pudiera calificarse, materialmente, de naturaleza coactiva, esto es administrativa.

"Red Eléctrica de España, S.A.", una vez casada en el mercado diario la cantidad de energía correspondiente (más la derivada de los contratos bilaterales), ha de evaluar la viabilidad técnica del resultado de la casación, esto es, comprobar si puede llevarse a cabo en condiciones técnicamente viables y de seguridad garantizada. No es infrecuente que determinados problemas, especialmente los derivados de la situación de las redes de transporte y del desequilibrio entre consumo y producción en una o varias determinadas zonas geográficas, obliguen al reajuste.

Cuando así sucede (esto es, si el resultado previsto no respeta las condiciones de seguridad) se pasa a la fase de restricciones técnicas. A través de este procedimiento son los dos operadores, del sistema y del mercado, quienes en colaboración adoptan las decisiones pertinentes en cuya virtud modifican las compras o ventas previstas, sea retirando centrales ya casadas, sea incorporando forzosamente al proceso centrales no casadas. Modifican, pues, la asignación de energía de las unidades de producción de modo que pueden imponer que entren a despacho algunas centrales específicas, según los requerimientos técnicos, o excluir otras.

El orden de precedencia económica para fijar las unidades que deben ser despachadas o aumentar su producción empieza por las ofertas más baratas y termina por las más caras de las aceptadas en el mercado diario. Ello implica que la retribución de las unidades que producen para resolver restricciones técnicas se fija, en lugar de por el precio marginal, por el precio de su oferta al mercado diario. Sistema que podrá ser criticable desde otras perspectivas pero es el que regía en el momento de autos.

Sexto.- A partir de las premisas que se dejan expuestas son varias las circunstancias o factores que en este caso (cuyas coordenadas normativas son, insistimos, las anteriores al ya citado Real Decreto 2351/2004) determinarán, apreciados en su conjunto, la nulidad de la resolución sancionadora, ante la debilidad de la base misma en que se apoya la imputación.

A)) El abuso de posición de dominio que se aprecia lo es por entender que las empresas generadoras habían presentado al mercado diario en los tres días de noviembre de 2001, para ciertas centrales, unas ofertas de electricidad a precios excesivos, tras calcular que "previsiblemente" dichas centrales se verían excluidas de la casación diaria y serían llamadas a resolver las restricciones técnicas que pudieran aparecer en aquellas fechas.

No se ha demostrado, sin embargo, con el rigor exigible, que las empresas generadoras tuvieran la seguridad de ser llamadas a resolver restricciones, decisión que ya hemos dicho corresponde al gestor del sistema. Ante esta inseguridad lo que se produce realmente es una "apuesta" del generador -obligado a presentar una oferta única- por un sistema u otro, con los riesgos que ello le supone. Sólo desde la certeza -no demostrada en este caso- de que su central sería llamada a la solución de restricciones técnicas pueden analizarse los supuestos excesos en la oferta y el abuso sancionado, sin desconocer en todo caso que la decisión final de aceptar dicha oferta no corresponde al operador sino al gestor del sistema. Es cierto, sin embargo, que en determinadas situaciones (y los instrumentos de predicción pueden ser más o menos afinados) habrá una mayor probabilidad de que ciertas centrales vayan a ser llamadas al despacho de restricciones.

El abuso imputado consistía, pues, en una conducta cuya efectiva realización no depende tanto (o no sólo) de quien la realiza sino del hecho de que es elegido a posteriori para participar, forzosamente, en un "mercado de restricciones técnicas" en virtud de decisiones adoptadas por los órganos gestores del sistema, según el marco normativo que a ello obliga.

B) Hemos afirmado que no existía en realidad obligación legal de efectuar la oferta única desde el esquema costes/precios. Admitiendo sin embargo, a efectos dialécticos, que la citada oferta única tuviera que venir referenciada a los costes de producción, el contraste no debería ser hecho entre los precios históricos de casación en el mercado diario con los percibidos por las centrales cuando fueron llamadas a resolver restricciones técnicas (ya hemos dicho que son regímenes distintos de funcionamiento). En un escenario previsible de restricciones técnicas, el factor de referencia serían los costes típicos consiguientes a este mecanismo, que pueden diferir de los incurridos en un régimen "normal" de funcionamiento sin restricciones.

Desde esta perspectiva, en el expediente administrativo había motivos para sostener que la estimación previa de los precios de las centrales relativos a los días de autos se correspondía con los precios ofertados en otras ocasiones para el mismo escenario. De hecho, datos obrantes en diversos informes a lo largo del citado expediente ponían de relieve cómo los precios ofertados en los tres días de noviembre no se desviaron sensiblemente (en algunos casos fueron inferiores) a los precios con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2001 y, lo que también es significativo, a los correspondientes a unidades de producción análogas en otras zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio. "Unión Fenosa Generación, S.A." llega a afirmar -y no se ha contradicho suficientemente este dato- que el precio medio de los días 19, 20 y 21 de noviembre fue inferior al medio anual.

Por lo demás, tampoco han sido despejadas, con la seguridad exigible para sancionar, las dudas derivadas de tomar en cuenta la singular situación de la demanda en las fechas de autos. Alguna de las empresas sancionadas había puesto de relieve el incremento súbito y anormal de la demanda el día 19 (lo que, afirma, hizo que ajustara a la baja los precios ofertados los días 20 y 21), otra había admitido su propio error en las previsiones para dicha fecha y el reajuste consiguiente.

C) La conducta imputada presenta un marcado carácter esporádico o circunstancial, muy limitado en el tiempo. Si realmente existiera una situación de monopolio geográfico que fácilmente propiciara las conductas abusivas de posición dominante por parte de las empresas generadoras titulares de centrales en sus respectivas zonas, lo esperable hubiera sido que el abuso hubiera tenido un carácter más sistemático, visto que las deficiencias de la red de transporte y el desequilibrio zonal entre producción y demanda abocan con frecuencia al empleo del mecanismo de restricciones técnicas.

En este escenario ocasional, un comportamiento de las empresas generadoras exento del carácter concertado y limitado a unas ofertas de pocas centrales, de entre las muchas que integran el parque de generación, y para sólo tres días de un año, hace más difícil atribuir las decisiones -independientes y no concertadas- de cada una de aquéllas a un designio singular de abuso de su posición de dominio. Ya dijimos que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia descartó que las empresas eléctricas se hubieran puesto de acuerdo entre sí para elevar artificialmente sus precios de oferta o que hubieran incurrido en una práctica conscientemente paralela. Si esto era así,

resulta difícil concluir que la "coincidencia" en el incremento de precios en tan sólo tres días del año 2001 fuera ajena a circunstancias del propio mercado y sólo atribuible a abusos simultáneos, y desvinculados entre sí, de la posición de dominio de cada una de aquéllas.

Séptimo.- El Tribunal de Defensa de la Competencia era consciente de la complejidad del asunto y no obstante la existencia de muy numerosos documentos e informes en el expediente del Servicio (que ya constaba de 3574 folios, a los que se añadirán más tarde los 3127 folios de actuaciones ante el propio Tribunal) acordó como diligencia para mejor proveer que la Comisión Nacional de Energía elaborara un informe complementario al que ese mismo organismo había emitido en noviembre de 2001.

Este último, titulado "Información y análisis preliminar sobre los precios en el mercado diario de producción de energía eléctrica los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001", era impreciso -como consecuencia de su mismo carácter preliminar, dirigido a la mera incoación del expediente sancionador- y no permitía obtener conclusiones seguras sobre los hechos imputados. En él se afirmaba que determinadas centrales (entre 12 y 17 unidades de fuel-oil o gas natural disponibles) no fueron casadas en el mercado diario y sí acopladas posteriormente, por necesidades del procedimiento de gestión de las restricciones técnicas, al margen del mercado. Admitía, sin embargo, la Comisión que "algunos de estos grupos han sido casados en el mercado diario en otras ocasiones a precios similares o incluso inferiores a los registrados en estas fechas". Y aunque reconocía asimismo que "los precios horarios elevados no tienen por qué constituir, en sí mismos, indicio de prácticas anticompetitivas", consideraba que los "precios registrados, en el escenario de precios descendentes del petróleo podrían indicar comportamientos no competitivos de algunos agentes en el mercado", al significar la "retirada estratégica de unidades de producción del mercado mediante la presentación de ofertas a precios excepcionalmente elevados".

Octavo.- El Tribunal de Defensa de la Competencia, decimos, recabó de la Comisión Nacional de Energía, para mejor proveer, un nuevo informe que se pronunciara, entre otras cuestiones, sobre la "interpretación del análisis de precios en las fechas de referencia en las zonas donde las restricciones técnicas son atendidas por una sola empresa, por comparación a los ofertados en zonas donde son varias las empresas que atienden las restricciones técnicas". En respuesta a esta cuestión (tercera de las interesadas) la Comisión Nacional de Energía se limitó a reiterar lo ya expuesto en otro informe precedente, de 11 de abril de 2002, sin ulteriores aclaraciones.

Lo cierto es que dicho informe de abril de 2002 tomaba como premisa que, cuando los precios ofertados por una o varias unidades de producción eran significativamente superiores a los costes variables en que hubiesen incurrido por producir la energía ofertada, el comportamiento "no era plenamente competitivo". Ulteriormente, sin embargo, reconocía la Comisión que "[...] no podía estimar con precisión los costes de producción de energía eléctrica, dado que la actividad de generación se produce en la actualidad a través de un mercado libre, a diferencia del marco regulativo anterior donde se pretendía retribuir a los medios de producción en base a sus costes". Admitía además, acto seguido, que la estimación de costes que se le solicitaba no era segura "al no disponer esta Comisión de datos contrastados de los rendimientos actuales de las centrales térmicas ni de los costes reales de suministro de combustible y de operación y mantenimiento en general".

El Tribunal de Defensa de la Competencia, a la vista de todo lo actuado, afirmará (apartado 50 de su decisión) que el debate planteado por las empresas productoras

respecto a la dificultad de establecer una oferta única para las dos modalidades de despacho (casación en el mercado diario o solución de restricciones técnicas) "desenfoca lo que es crucial para resolver el caso". La cuestión clave era, a su juicio, decidir si aquéllas habían aplicado precios "excesivos". Y concluye que, en efecto, dichas empresas "decidieron ofertar en el mercado diario a unos precios mucho más elevados de los que el sistema prevé". En el apartado 53 de su resolución había igualmente considerado que se falseaba el proceso de formación de los precios cuando "las ofertas se presentaran a unos precios superiores a los previstos por el sistema (costes variables)" de modo que "cupiera esperar" su no casación en el mercado diario y su ulterior llamamiento a la solución de restricciones técnicas.

Noveno.- Por nuestra parte consideramos, en la línea de las razones avanzadas en el fundamento jurídico sexto, que en este caso no concurren los presupuestos necesarios para afirmar, con el rigor exigible en el derecho sancionador, que las conductas individuales atribuidas a las empresas sancionadas (por lo que respecta a este litigio singular, a "Unión Fenosa Generación, S.A.") pudieran ser sancionadas como abusos de su posición de dominio.

En primer lugar, no compartimos la premisa de la que la resolución impugnada parte cuando liga necesariamente precios a costes variables, premisa que no se corresponde con el "sistema" del mercado liberalizado. Aun si lo admitiésemos así, el parámetro de referencia para la estimación de los costes (sobre los que la Comisión Nacional de Energía no tenía elementos suficientes de juicio) no podían ser los precios históricos de casación en el mercado diario sino los correspondientes precisamente a las centrales llamadas a resolver restricciones técnicas.

En segundo lugar, no cabe obviar las consecuencias derivadas de la unicidad de la oferta, no obstante venir dirigida a dos hipótesis de despacho (el ordinario o el de restricciones técnicas) bien diferenciadas, una de las cuales implica determinados sobrecostes asociados al régimen de solución de restricciones técnicas. Las distorsiones, por todos reconocidas, que este sistema introducía tenían una especial relevancia en este caso, no suficientemente apreciada por el órgano sancionador.

En tercer lugar, la estimación de que las empresas ofertaron por sus centrales unos precios desmesurados, como estrategia de autoexclusión intencionada del mercado diario para quedar reservadas a la fase de restricciones, requeriría además del análisis objetivo de costes totales, que no arroja resultados concluyentes, la práctica seguridad de que iban a ser despachadas en esta segunda fase del proceso.

Ya hemos dicho que, por un lado, los modelos predictivos no permitían dicha seguridad. Apreciamos asimismo, por otro lado y sobre todo, que los precios de las centrales objeto de imputación se correspondían con los ofertados en otras ocasiones para el mismo escenario, sin desviarse sensiblemente de aquellos con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2001. A la vista de los informes aportados en el curso del expediente no puede afirmarse, con la seguridad necesaria, que los costes correspondientes a las unidades de producción (y a otras análogas en zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio) fueran tales que las ofertas presentadas durante los tres días del mes de noviembre del año 2001 pudieran ser calificadas de intencionadamente exorbitantes y dirigidas al sólo fin de asegurar, sin género de dudas, la autoexclusión en el mercado diario.

Consideramos en síntesis, por estas y por las demás las razones expuestas en el ya citado fundamento jurídico sexto de la sentencia, que ha lugar, tras la estimación del

recurso de casación que interpuso el Abogado del Estado, a la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado.

QUINTO.- Las conductas examinadas por las STS transcritas y la conducta objeto de sanción en el presente recurso son muy similares. En ambos casos se sanciona un abuso de posición de dominio, consistente en ofertar en el mercado diario de energía precios elevados, con la finalidad de que las ofertas no fueran casadas y que las centrales fueran llamadas a resolver restricciones técnicas.

En la comparación de los casos resueltos por la STS citadas y el presente caso, se aprecia, por un lado, que no concurre la circunstancia de presentar la conducta de la empresa recurrente un carácter episódico o circunstancial, muy limitado en el tiempo. Pero, por otro lado, este carácter episódico y limitado en el tiempo no es la razón de decidir del pronunciamiento estimatorio del Tribunal Supremo, sino una más entre las varias razones ponderadas por el Alto Tribunal, que la Sala entiende que también concurren en este caso.

En particular, el marco regulatorio bajo el que se desarrollaron las conductas consideradas contrarias a la competencia es el mismo, constituido por el RD 2019/1997, de 16 de diciembre, que era la norma vigente tanto en noviembre de 2001, período a que se refieren las STS citadas, como en los periodos situados entre enero y junio de 2004, contemplados en este recurso, que estableció un sistema de oferta única para el mercado diario y para la resolución de restricciones técnicas. Explican las STS citadas que existían un consenso generalizado de que ese sistema provocaba distorsiones y era inadecuado, lo que compartía la Comisión Nacional de la Energía. Incluso el mismo RD 2351/2004, de 23 de diciembre, que modificó el procedimiento de resolución de restricciones técnicas, y que entró en vigor a los cinco meses de su publicación en el BOE, el 24 de mayo de 2005, de acuerdo con su Disposición Adicional 2ª, por lo que no es de aplicación a los hechos examinados en este recurso, admitió en su Preámbulo que la utilización de las mismas ofertas para el mercado diario y para la resolución de restricciones técnicas daba lugar a la aparición de interferencias en el mecanismo de mercado e ineficiencias en la asignación de recursos, y que ese imperfecto mecanismo de resolución de las restricciones técnicas originaba interferencias en el normal funcionamiento de los mercados de energía

Otras razones tenidas en cuenta por las STS citadas, igualmente presente en este caso, son que los costes para atender el mercado diario son diferentes -inferiores- a los derivados de acudir al mecanismo de restricciones técnicas, lo que es un hecho que admite el Abogado del Estado en las alegaciones efectuadas a las STS que seguimos, que la deficiente regulación podía provocar distorsiones en las predicciones que las empresas generadoras habían de hacer sobre el uso y coste de sus centrales al hacer sus ofertas únicas de precios para el día siguiente, que no está acreditado con el rigor exigible que las empresas generadoras tuvieran la seguridad de ser llamadas a resolver restricciones técnicas, decisión que correspondía al gestor del sistema y que no existía obligación legal de efectuar la oferta desde el esquema de costes/precios.

Ponderando las anteriores razones, llegamos a la conclusión, siguiendo los criterios de las STS citadas, de que no concurren los presupuestos necesarios para afirmar, con el rigor exigible en el derecho sancionador, que la conducta a que se refiere el presente recurso pueda ser sancionada como abuso de posición de dominio.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre

costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la GAS NATURAL ELECTRICIDAD, SDG, S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de abril de 2008 (expediente 625/07), que anulamos por ser contraria a derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Iltmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-