



Roj: **SAN 1405/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1405**

Id Cendoj: **28079230042024100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/03/2024**

Nº de Recurso: **491/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000491 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08125/2019

Demandante: NATURGY GENERACION S.L.U

Procurador: PEREZ-URRUTI IRIBARREN, BEATRIZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

Madrid, a catorce de marzo de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **NATURGY GENERACION S.L.U**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Beatriz Pérez Urruti Iribarren, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 14 de mayo de 2019**, relativa a intereses de demora, siendo la cuantía del presente recurso de 19.500.000 de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por NATURGY GENERACION S.L.U, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Beatriz Pérez Urruti Iribarren, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 14 de mayo de 2019, solicitando a la Sala, dicte sentencia por la que:



1º. Declare nula y contraria a Derecho la Resolución sancionadora impugnada por la infracción de los principios establecidos en la Constitución y en la Ley 39 /2015 y 40/2015, en concreto por

- i) infracción del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.
- ii) ausencia total de procedimiento al haber impuesto 8 sanciones, habiéndose incoado el procedimiento por la presunta comisión de una única infracción
- iii) infracción del principio de presunción de inocencia, ante la carencia absoluta de prueba de cargo que sustente la imputación

2º. Subsidiariamente, anule la Resolución sancionadora impugnada por

- i) Incurrir en manifiesta arbitrariedad y causar indefensión
- ii) Infracción del art. 29 de la Ley 40/2019 al tratarse del enjuiciamiento de una única conducta continuada que no puede derivar en la imposición de 8 sanciones independientes
- iii) Infracción del principio de proporcionalidad.

3º. Reconozca el derecho de la recurrente a ser resarcida de los costes de mantenimiento del aval hasta su recuperación, necesario para la suspensión cautelar de este procedimiento, más los intereses legales correspondientes.

4º. Se acuerde la expresa imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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 y solicitando la desestimación del recurso e imposición de costas a la recurrente.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecisiete de enero de dos mil veinticuatro.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 14 de mayo de 2019, por la que se acuerda:

"PRIMERO. Declarar que Naturgy Generación, S.L.U (anteriormente, Gas Natural Fenosa Generación, S.L.U) es responsable de la comisión de ocho infracciones graves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 . 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , como consecuencia de las ofertas realizadas al mercado diario por las siguientes unidades de generación: Besós 4, Puerto de Barcelona 1 y 2, Sagunto 1, 2, y 3, Málaga 1y San Roque 1 en el período comprendido entre octubre de 2016 y enero de 2017.

SEGUNDO. Imponer a la citada sociedad las siguientes sanciones:

3.700.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Besós 4.

2.700.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Puerto de Barcelona 1.

800.000 de euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Puerto de Barcelona 2.

300.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Sagunto 1.

3.400.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Sagunto 2.

1.900.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Sagunto 3.

4.400.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Málaga 1.

2.300.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo San Roque 1.



Las anteriores cantidades determinan la imposición de una sanción total de 19.500.000 euros."

SEGUNDO : Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:

1.- A partir de octubre de 2016, el incremento de la demanda exterior (debido a las indisponibilidades de las centrales nucleares francesas) y la reducción de la aportación de energías renovables (como la eólica o la hidráulica) provocaron un aumento continuado del precio del mercado diario. Ante estas circunstancias, la mayoría de las centrales de carbón y una buena parte de los ciclos combinados fueron despachados en el mercado diario.

2.- Mientras que la mayoría de centrales de ciclo combinado que funcionaban en este periodo fueron despachadas en mercado diario, las centrales de ciclo combinado Besós 4, los grupos 1 y 2 de la central Puerto de Barcelona, los grupos 1, 2 y 3 de Sagunto, la central de Málaga 1 y la central de San Roque 1, todas ellas propiedad de Gas Natural Fenosa Generación, S.L.U. (sociedad actualmente denominada Naturgy Generación, S.L.U.), no resultaron despachados, aun siendo de similares características a las anteriores.

Al analizar la programación de estas centrales diariamente y por segmentos de mercado, se observó que estos grupos y centrales eran programados habitualmente en el proceso de restricciones técnicas que lleva a cabo el Operador del Sistema para garantizar la operación del sistema.

3.- Según la información disponible en la CNMC, en las zonas en las que se encuentran estas centrales de ciclo combinado (Cataluña, Levante Norte, Andalucía Oriental y Campo de Gibraltar) existen problemas de seguridad de suministro estructural en la zona, por lo que es necesaria la programación de estas centrales para el control de tensión y la cobertura de la demanda.

Al no resultar despachadas estas centrales en el mercado diario, el operador del sistema necesitó programar de forma sistemática a estos grupos y centrales en el proceso de resolución de restricciones con el fin de poder garantizar la seguridad del sistema.

Al resultar estas centrales despachadas en el proceso de resolución de restricciones técnicas, tratándose este proceso de un mercado menos competitivo que el mercado diario³, los ingresos que obtuvieron fueron superiores a los que consiguieron cuando resultaban despachadas en el mercado diario.

4.- Estas centrales consiguieron no resultar despachadas en el mercado diario en el periodo de análisis, a pesar de tratarse de un periodo de precios elevados, al presentar unas ofertas elevadas a ese mercado. Dado que no existía una justificación para que esas centrales presentasen unas ofertas tan elevadas, resultaba preciso recabar información sobre el precio del combustible que utilizan estas centrales, esto es, del gas natural. Para ello, se consideró necesario la apertura de un expediente informativo (expediente IS/DE/028/17) para solicitar a los principales operadores que actúan en el sistema gasista y eléctrico, el precio asociado a los contratos de aprovisionamiento de gas natural en el mercado internacional con destino a su entrega en España durante el periodo septiembre 2016 - febrero 2017, así como el precio de las operaciones de compra y venta realizadas dentro del sistema gasista español (mercado OTC, Over the counter).

5.- Tras las correspondientes peticiones de información, se procedió a la Incoación del expediente sancionador a Gas Natural Fenosa Generación, S.L.U. (actualmente Naturgy Generación, S.L.U.). Este expediente tuvo como resultado la Resolución sancionadora objeto de autos.

Los hechos declarados probados por la Resolución impugnada son:

1.- El precio de las ofertas de las centrales de ciclo combinado de Besós 4, Puerto de Barcelona 1 y 2, Sagunto 1, 2 y 3, Málaga 1 y San Roque 1, de la sociedad Naturgy Generación, ha sido superior al precio de las ofertas presentadas en el mismo mercado, por centrales de ciclo combinado de similares características y costes marginales, pertenecientes a otras sociedades, durante varios días en el periodo de octubre 2016- enero 2017.

2.- El coste marginal de Naturgy Generación ha sido similar, o incluso inferior, al del resto de empresas titulares de ciclos combinados durante el periodo de octubre 2016-enero 2017.

3.- Las centrales de Besós 4, Puerto de Barcelona 1 y 2, Sagunto 1, 2 y 3, Málaga 1 y San Roque 1 no resultan programadas en el mercado diario en una serie de días dentro del periodo octubre de 2016 - enero de 2017, resultando programadas por restricciones técnicas, mientras que otras centrales de ciclo combinado, incluso pertenecientes a Naturgy Generación, fueron programadas en mercado diario en esos mismos periodos, incluso teniendo algunas de ellas costes marginales más elevados.

4.- En concreto, las centrales de ciclo combinado de Besós 4, Puerto de Barcelona 1 y 2, Sagunto 1, 2 y 3, Málaga 1 y San Roque 1 no resultaron despachadas en el mercado diario en 70 días, que se detallan en el presente hecho probado por central, del periodo octubre 2016-enero 2017, a pesar de que los ingresos que habría obtenido en ese mercado le habrían resultado suficientes para la cobertura de sus costes marginales.



5.- La estimación de costes marginales conforme a los precios de cotización del gas según las fuentes de información internacionales no altera las afirmaciones contenidas en los Hechos precedentes: la sociedad Naturgy Generación presentó unas ofertas de producción en el mercado diario por las centrales de ciclo combinado de Besós 4, Puerto de Barcelona 1 y 2, Sagunto 1, 2 y 3, Málaga 1 y San Roque 1 durante varios días del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2016 y el 31 de enero de 2017, a un precio superior a sus costes marginales.

6.- Las características de las zonas en la que se encuentra cada una de las centrales objeto de análisis en este expediente hace que su programación sea necesaria con una alta probabilidad. En consecuencia, en el caso de que estas centrales no hayan sido despachadas en PDBF, el Operador del Sistema las despachará en el mercado de restricciones técnicas.

7.- Como resultado de la conducta de Naturgy Generación, sus centrales fueron requeridas por el operador del sistema en el proceso de resolución de restricciones técnicas en una serie de días en los que podrían haber resultado despachadas en el mercado diario. De dicho comportamiento, la empresa ha obtenido un beneficio mínimo de 13.006.934 euros.

TERCERO : La recurrente alega en su demanda, las siguientes vulneraciones jurídicas de la Resolución impugnada:

i) Que la aplicación del tipo sancionador recogido en el art. 65. 34 LSE por la Resolución al supuesto controvertido es contrario al principio de legalidad en su vertiente de "lex certa", debido a que ni la legislación recoge la supuesta obligación de ofertar a costes de corto plazo ni la actora (ni ningún agente), podría deducir con criterios lógicos, técnicos o de experiencia, con el suficiente grado de certeza que exige el respeto a este principio, la naturaleza y características de la conducta constitutiva de la infracción tipificada. Además, la realidad demostrará que la actuación de los operadores de ciclos combinados no es consistente con ese pretendido estándar de comportamiento que se recoge en la Resolución sancionadora.

ii) Que el supuesto estándar de normalidad y proporcionalidad de conducta establecido, ofertar a un precio no superior a los costes de corto plazo, infringe el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad porque es contrario a normativa europea.

iii) Que Naturgy no ha incurrido en ninguna conducta reprochable, sus ofertas fueron en todo momento normales y proporcionadas, consistentes con la propia conducta de Naturgy y con la de los demás agentes económicos, resultando el patrón de oferta de la Resolución contrario a la racionalidad económica de un operador que gestiona unidades de tecnología punta en un mercado marginal.

iv) Que se ha infringido el principio de presunción de inocencia por insuficiencia probatoria tanto en relación con los hechos probados como en relación con las intenciones de Naturgy y se ha incurrido en arbitrariedad.

v) que se han producido graves vicios de procedimiento, que han provocado la indefensión de la recurrente.

1.- Nulidad de la Resolución impugnada por vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.

El tipo aplicado es el previsto en el artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre:

"34. La presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado."

En primer lugar, debemos señalar que la conducta imputada al recurrente consiste en: a.- la presentación de ofertas con valores calificados de anormales o desproporcionados, (estas calificaciones parten de concretar conceptos jurídicos indeterminados por su comparación y contraste con los que serían valores normales o proporcionado) y, b.- el objeto o finalidad de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación, como motivación de dicha conducta.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2013, y respecto a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora, declara:

"4. El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) absorbe el derecho a la legalidad sancionadora administrativa y se articula a través de una doble garantía, material y formal. La primera es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 ; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1 ; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4 ; y 135/2010, de 2 de diciembre , FJ 4). Como señala la STC 104/2009, de 4 de mayo , FJ 2, «la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud,

vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador». En relación con las infracciones y las sanciones administrativas, el principio de taxatividad se dirige, por un lado «al legislador y al poder reglamentario», exigiéndoles el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, «aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia»; afecta, por otro, a los aplicadores del Derecho administrativo sancionador, obligándoles a atenerse, no ya al canon de interdicción de arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad derivado del art. 24 CE, sino a un canon más estricto de razonabilidad, lo que es determinante en los casos en que la frontera que demarca la norma sancionadora es borrosa por su carácter abstracto o por la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje (STC 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8, y las Sentencias que allí se citan). Desde esta perspectiva, según la última Sentencia citada, el principio de tipicidad, vinculado «indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)», se traduce, en particular, en «la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria».

Para que sea admisible el uso de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora, es necesario, según el Alto Tribunal, que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. No se requiere, como parece entender la recurrente, la existencia de una norma europea o una norma nacional con rango de ley o con rango reglamentario que explique o defina tales conceptos jurídicos indeterminados.

Pues bien, en el presente caso se ha concretado el concepto de ofertas con valores calificados de anormales o desproporcionados, a través de análisis técnicos.

Afirma la recurrente, en relación con esta cuestión, que ningún ciclo que opera en el mercado oferta según los estándares fijados por la Resolución sancionadora.

Llegados a este punto es necesario analizar los informes periciales aportados por las partes.

La pericial aportada por la recurrente, sostiene, como conclusión esencial, que:

"La Resolución calcula el supuesto beneficio ilícito obtenido por los ciclos investigados de Naturgy como la diferencia entre el ingreso obtenido por la energía vendida en restricciones técnicas (RRTT) y el ingreso que se hubiera obtenido de la venta de esa energía en el mercado diario, en los días en que supuestamente se produjo una alteración del despacho eléctrico. La siguiente tabla muestra el beneficio ilícito estimado por la CNMC, que asciende a 13 millones de euros para el conjunto de ciclos investigados. (...)

Dicho beneficio se estima partiendo de la hipótesis de que cualquier oferta por encima del coste marginal de corto plazo es una oferta anormal o desproporcionada, lo cual se ha demostrado falso a lo largo de este informe, así como en estimaciones sesgadas a la baja de dicho coste marginal.

Al partir de una hipótesis errónea, la CNMC llega a la conclusión de que se produjo un beneficio ilícito, cuando en realidad los ingresos obtenidos fueron los que se derivaron de un comportamiento perfectamente racional y competitivo. Además, dicho comportamiento no redundó en una rentabilidad excesiva de los ciclos de Naturgy durante el periodo investigado sino lo contrario, puesto que los ingresos que obtuvieron ni siquiera permitieron recuperar sus costes fijos y de inversión. Esto se muestra la Tabla 5, donde mostramos el margen obtenido por cada uno de los ciclos en el periodo investigado. (...)

Como se puede observar en el Tabla 5, el margen operativo obtenido por todos los ciclos durante el periodo investigado es insuficiente para recuperar los costes de inversión de los ciclos. (...)

Por lo tanto, dado que las ofertas de los ciclos al mercado diario fueron normales y proporcionadas y que además la rentabilidad de los ciclos no fue excesiva, sino que obtuvieron pérdidas, concluimos que no existió un beneficio ilícito."

Por su parte, la pericial aportada por la representación de la demandada, sostiene:

"En segundo lugar, cabe señalar que el informe pericial, con el fin de demostrar que las centrales se encuentran en pérdidas, calcula el beneficio de cada central utilizando una tasa de retorno del 12% sobre la inversión. En este sentido, el cálculo realizado no demuestra que la central esté en pérdidas, sino que el proyecto proporciona una rentabilidad inferior a la esperada del 12%. Adicionalmente, cabe destacar que la tasa de rentabilidad esperada considerada por Compass Lexecon del 12% resulta muy superior a la tasa de retorno utilizaba por la misma Gas Natural Fenosa Generación (ahora Naturgy), como coste de los recursos antes de impuestos, en sus cuentas auditadas del año 2016, que se sitúa en el 6,15%.

Si se recalculan adecuadamente los resultados económicos de cada central, a diferencia de los resultados obtenidos por Compass Lexecon en los que todas las centrales investigadas presentan pérdidas (tabla 5 del informe pericial pag. 70), se obtiene que todas ellas, excepto Puerto de Barcelona 2, obtuvieron resultados positivos una vez dotada la cuantía correspondiente a la amortización de las centrales y considerados los costes de aprovisionamiento correspondientes a las centrales que no tenían capacidad de revender el gas. Adicionalmente, el margen obtenido, permite obtener, en términos medios un 13,7% de rentabilidad en el periodo analizado."

Desde otro punto de vista, debemos recordar, como se recoge en la Resolución impugnada, sin que se haya acreditado lo contrario, que:

1.- En determinados días, los precios ofertados por la actora, fueron significativamente superiores a las de otras empresas.

2.- Se han detectado una serie de días en los que las centrales acuden a restricciones técnicas, obteniendo unos mayores ingresos que los que habrían obtenido si hubieran resultado despachadas en el mercado diario.

Por lo tanto, el comportamiento acreditado de la recurrente en relación a las centrales que nos ocupan, lo es ofertar el precio en el mercado diario de forma significativamente superior, a fin de evitar que se casara a la demanda, y acudir a restricciones técnicas, obteniendo un precio mayor.

Este comportamiento es subsumible el artículo 65. 34 de la Ley 24/2013.

Pues bien, de lo expuesto anteriormente concluimos que:

1.- La concreción de los conceptos jurídicos indeterminados *valores anormales o desproporcionados*, se ha realizado a través de *criterios lógicos, técnicos o de experiencia*, como exige el TC.

2.- No puede apreciarse vulneración del principio de legalidad.

Efectivamente, en el análisis de precios, la CNMC ha respetado los criterios del TJUE para la determinación de precios excesivos. El Tribunal ha señalado que habrá de determinarse *si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido* (sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continental/Comisión*, 27/76), *incumbe a la autoridad de competencia de que se trate efectuar la comparación y establecer su marco, debiendo precisarse que dispone de un cierto margen de apreciación y que no existe un único método adecuado* (sentencias de 13 de julio de 1989, *Tournier* (395/87, EU:C:1989:319), y de 13 de julio de 1989, *Lucazeau y otros* (110/88, 241/88 y 242/88, EU:C:1989:326).

Por lo tanto, ha quedado establecido que la oferta de precios realizada por la recurrente era anormalmente alta, y trajo como consecuencia la aplicación del sistema de restricciones, que supuso un incremento del precio en favor de la recurrente.

El ejercicio de las potestades sancionadoras que examinamos no implica un "sistema de regulación de precios", se trata de aplicar la disposición prevista en el artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, relativa a *presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado*, que es lo que, ha resultado acreditado, ha ocurrido en el presente caso.

2.- Nulidad por ausencia total de procedimiento.

Señala la recurrente que el acuerdo de incoación del expediente sancionador que dio lugar a la Resolución impugnada, éste solo da cobertura a la eventual imposición de una sanción por la comisión de una conducta que pudiera incurrir en el tipo descrito en el art. 65. 34 LSE, y no a la imposición de 8 sanciones, por la comisión de 8 infracciones independientes, como resulta de la Resolución impugnada.

En la doctrina del TC, el derecho de defensa requiere *"como elementos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa"*, por una parte, la inalterabilidad o *"identidad de los hechos que se le imputan"* (STC 160/1994, de 23 de mayo y STC 150/2023, de 20 de noviembre). Por lo tanto, lo esencial no es que en el acuerdo de incoación se señale uno o varias conductas, sino que los hechos no sean alterados.

Pero, además, una vez practicada la instrucción, la propuesta de resolución, que es el trámite fundamental del procedimiento administrativo sancionador, recoge la calificación definitiva, habiendo tenido la recurrente oportunidad de alegar durante el procedimiento administrativo lo que estimó oportuno.

En el Acuerdo de incoación, se identifican los hechos por los que se incoa el expediente, con expresa indicación de las centrales afectadas, del periodo contemplado y de la posible tipificación de la conducta.



No apreciamos indefensión.

3.- Nulidad por vulneración del principio de presunción de inocencia.

Sostiene la recurrente que las pruebas sobre las que se asienta la Resolución para justificar la imposición de una sanción de la naturaleza de la que ahora se cuestiona resultan por completo insuficientes.

Como correctamente afirma la demandada, obra en el expediente, la información procedente del expediente de información IS/DE/028/17 (diligencias previas al procedimiento sancionador), así como las diferentes diligencias de incorporación de documentación, que sustentan los hechos declarados probados y que justifican la realización de la conducta imputada (a través de las ocho infracciones correspondientes), y la procedencia de la sanción para cada una de ellas.

Por diligencia de fecha de 4 de septiembre de 2018 se incorporó al expediente información relativa a las ofertas presentadas al mercado diario por Besós 4, los grupos 1 y 2 de la central Puerto de Barcelona, los grupos 1, 2, y 3 de la central de Sagunto, la central Málaga 1 y la central de San Roque 1, y por otras de similares características durante el período octubre 2016-enero 2017.

Mediante diligencia de fecha de 10 de septiembre de 2018 se incorporó al expediente administrativo información relativa a la programación en el PDF, que incluye la programación en el mercado diario y la energía despachada a través de contratos bilaterales de las centrales de ciclo combinado durante el periodo octubre 2016 - enero 2017.

Por diligencia de fecha de 19 de septiembre de 2018 se incorporó al expediente administrativo información relativa a los costes marginales estimados de estas centrales y a los ingresos que habría podido obtener en el mercado diario cada una de ellas en el periodo octubre 2016 - enero 2017.

La diligencia de 7 de noviembre de 2018 incorporó al expediente administrativo información relativa a la participación de las centrales objeto de autos en el proceso de restricciones técnicas en la zona donde se sitúan para el periodo octubre 2016 - enero 2017.

Mediante diligencia de 14 de noviembre de 2018 se incorporó al expediente administrativo información relativa a los ingresos obtenidos por Gas Natural Fenosa Generación.

Por diligencias de 27 de noviembre de 2018 y 20 de diciembre de 2018, se incorporó información relativa a las transacciones con entrega en España que realizó el grupo GAS NATURAL FENOSA en el mercado de gas, así como el resto operadores durante el periodo octubre 2016- enero 2017 e información relativa al importe neto anual de la cifra de negocios de NATURGY GENERACIÓN, S.L.U.

Por lo tanto, existe actividad probatoria suficiente de los datos y circunstancias imputados a la actora.

Nuevamente la recurrente discute los hechos que hemos considerado probados al analizar los informes periciales.

4.- Nulidad por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y del derecho a no sufrir indefensión.

En relación a la selección de los ciclos comparables, y al sesgo a la baja en las estimaciones de coste marginal a corto plazo, las argumentaciones actoras ya han sido analizadas.

En cuanto a la falta de previsión de un mínimo margen de error, ya hemos analizado los aspectos técnicos del presente recurso, al examinar los informes periciales aportados.

La discrepancia de la actora en relación a la Resolución, lo es de valoración técnica, y, como hemos visto, consideramos que la Resolución impugnada, se atiene a criterios técnicos objetivos.

Respecto al contenido del acuerdo de incoación, en el que no se hicieron constar los días concretos en que se produjeron las ofertas anormales o desproporcionadas, señalamos que a.- el acuerdo de incoación reunía los requisitos exigidos por el art. 64.2.b) de la LPAC; b.- la propuesta de resolución es el trámite en que se concreta el principio acusatorio, constando allí y en el expediente obrante en ese momento a disposición del interesado toda la información sobre la que sustentaba la imputación; c.- ninguna alegación ni prueba se efectuó en relación con esos días o fechas concretas en el escrito de alegaciones y proposición de prueba formulado ante la propuesta de resolución, a diferencia de otros extremos del expediente discutidos.

5.- Nulidad al no apreciarse la existencia de una infracción continuada.

El artículo 29 de la Ley 40/2015 establece:

"6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

La infracción cometida consiste, según el art. 65. 34 de la LSE, en la "presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado". Una infracción que se comete a través de las ofertas presentadas por las unidades o grupos de generación, como se señala en la contestación a la demanda, de forma independiente con cada unidad de generación, pues son éstas el elemento con arreglo al cual se formulan las ofertas y se definen la programación o el despacho.

Nos encontramos ante actos distintos, con ofertas diferentes, en días diversos y con varias unidades intervinientes.

Para apreciar infracción continuada no basta "para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, ...[si no que] es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material". (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 -recurso nº. 2513/2009).

Las infracciones que nos ocupan no responden a un mismo plan material, ya que se han utilizado diferentes ofertas y unidades de generación, operando en jornadas diferentes; en una actuación individualizada respecto a cada unidad, tratándose de la alteración del despacho de esa unida, siendo llamada cada una de ellas para resolver las restricciones técnicas de su concreta zona.

La infracción se produce por cada una de las unidades.

6.- Infracción del principio de proporcionalidad.

Tal como se recoge en la contestación a la demanda, la conducta se califica de dolosa, y ocasiona un claro perjuicio al mercado al suponer el incremento del precio del mercado diario por la falta de casación de la zona, tiene la suficientemente relevancia como para que el legislador la haya elevado a la categoría de infracción administrativa y que ha supuesto a la infractora un beneficio ilícito mínimo para la empresa de 13.006.934 euros.

El artículo 67.1 de la LSE dispone:

"1. Las infracciones establecidas en el capítulo I de este título serán sancionadas del modo siguiente:

- a) Por la comisión de las infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros.
- b) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros.
- c) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 600.000 euros.

2. En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos"

La cifra de negocios de NATURGY (anteriormente Gas Natural Fenosa Generación, S.A.U.) es de 1.926.436.000 de euros en el ejercicio 2017, por lo que el 10% sería de 192.643.600 euros.

En cuanto a los criterios de graduación, el artículo 67.4 de la LSE determina:

"4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.



g) *El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*

h) *Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción."*

En el presente caso concurren las circunstancias de la forma de participación en la infracción, la manifiesta intencionalidad en su comisión (es una conducta que se prolongó durante casi cuatro meses) y el beneficio obtenido en la misma (13.006.934 euros).

Respecto a estas cuestiones, la Resolución impugnada señala:

"El comportamiento doloso exige conocimiento de las consecuencias de la acción y voluntad inequívoca de que se produzcan.

A estos efectos, cabe destacar la situación provocada por la seguridad de suministro en las zonas donde se ubican estos grupos y centrales de ciclo combinado permite conocer de antemano la alta probabilidad de que las centrales de referencia resulten despachadas por restricciones cuando no resultan casadas en el mercado diario, por lo que la elevación del precio de las ofertas, comportamiento contrario a la racionalidad económica, podía recibir con frecuencia la recompensa de ser despachado en el mercado de restricciones técnicas. Por tanto, hay una razonable expectativa, por parte de la mercantil de que, al elevar el precio de las ofertas, se puede producir con mucha probabilidad la autoexclusión de la unidad de generación o lo que es lo mismo, dicho de otro modo, se altera el despacho ordinario o normal de las distintas unidades de generación para dar paso a otro despacho que ya no es el que correspondería a la formación de precios en atención a costes marginales. Por tanto, Naturgy Generación teniendo en cuenta además su carácter de operador dominante, conocía la singularidad de estos grupos de generación eléctrica.

En cuanto a la voluntad de intentar la alteración del despacho queda probada de modo evidente si comparamos el comportamiento de la sociedad con sus otros grupos de generación que no están en zonas de restricción. Hay que añadir además que las ocho unidades de generación incluidas en este expediente sancionador son las que presentan un mayor funcionamiento, tal y como se puede apreciar en el gráfico siguiente. Se trata, por tanto, de un comportamiento voluntario que se concentra en todas aquellas centrales que presentan una mayor programación tanto por mercado diario como en otros mercados. (...)

Tal como se ha expuesto ampliamente en el precedente fundamento jurídico, el comportamiento de la interesada es el resultado de una estrategia de ofertas consciente, deliberada y orientada a lograr que la producción de sus centrales de ciclo combinado de Besós 4, Málaga 1, San Roque 1, Sagunto 1, 2 y 3 y Puerto de Barcelona 1 y 2 resultaran retribuidas al precio de sus ofertas por restricciones técnicas."

Al concretar estas circunstancias, se afirma en la Resolución:

"Las circunstancias anteriormente citadas, la gravedad de la infracción como consecuencia del carácter repetido e intencionado de las conductas, así como las consideraciones derivadas del principio de proporcionalidad justifican que la sanción propuesta para cada una de las infracciones cometidas ha de ser necesariamente superior al beneficio obtenido por cada una de las unidades de generación.

Se considera ajustado al principio de proporcionalidad incrementar la sanción en un cincuenta por ciento sobre el beneficio mínimo estimado en esta Resolución, redondeando posteriormente a la centena de millar."

Se cumple el requisito de la motivación y la aplicación del principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción.

CUARTO : Procede imposición de costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al ser la sentencia desestimatoria.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey y por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **NATURGY GENERACION S.L.U.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Beatriz Pérez Urruti Iribarren, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 14 de mayo de 2019**, debemos declarar y declaramos ser ajustadas a Derecho las Resoluciones impugnadas, y en consecuencia, **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que 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 y



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; siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ