

Administrativo

Sección: TERCERA

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 30/01/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 5106/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 07/12/2011

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

Escrito por: PJM

Nota:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte 601/05 TCD, 2560/04 SDC): ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR OFERTAR PRECIOS NO ENCAMINADOS A CASACIÓN EN MERCADO DIARIO DE ENERGÍA SINO A GENERAR SITUACIONES DE RESTRICCIONES TÉCNICAS EN CUYA SITUACIÓN ERA EL ÚNICO OFERENTE DE FORMA CONTINUADA. Art. 6.1.a) Ley Defensa Competencia.

Iberdrola Generación.

RECURSO CASACION *Num.:* 5106/2009

***Votación:* 07/12/2011**

***Ponente Excmo. Sr. D.:* Eduardo Espín Templado**

***Secretaría Sr./Sra.:* Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier**

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5.106/2.009, interpuesto por IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 2 de julio de 2.009 en el recurso contencioso-administrativo número 166/2.007, sobre expediente sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia por abuso de posición dominante.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 2 de julio de 2.009, desestimatoria del recurso promovido por Iberdrola Generación, S.A.U. contra la resolución de fecha 8 de marzo de 2.007 dictada por el Pleno del Tribunal de Defensa de la

Competencia en el expediente 601/05 (2560/04 del Servicio de Defensa de la Competencia). Por dicha resolución se le imponía una multa de 38.710.349 euros por haber incurrido en abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al 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, conducta que tuvo lugar, de forma continuada, para la central de Castellón entre el 18 de diciembre de 2.002 y el 27 de mayo de 2.003 y entre el 23 de octubre y el 31 de diciembre de 2.003, y para las de Escombreras 4 y Escombreras 5 durante el año 2.003.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 8 de septiembre de 2.009, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Iberdrola Generación, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 29 de octubre de 2.009, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 24 de la Constitución;
- 2º, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como por infracción de la jurisprudencia, todo ello en relación con el artículo 25 de la Constitución, y
- 3º, por infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 137 de la Ley 30/1992, y de la jurisprudencia, en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la que es objeto del recurso, y, resolviendo dentro de los términos en que aparece planteado el debate, declare nula y contraria a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2.007.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 7 de enero de 2.010.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, y que confirme la que se impugna, e imponga las costas causadas a la parte recurrente según lo previsto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- Por providencia de fecha 8 de julio de 2.011 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 7 de diciembre de 2.011. Han continuado las deliberaciones del mismo hasta el pasado día 25 del presente mes, quedando compuesta la Sala por los Excmos. Sres. Magistrados que se citan al inicio de esta sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Iberdrola Generación, S.A.U., interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2.009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. En la Sentencia recurrida se desestima el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2.007 por la que se le imponía una sanción de 38.710.349 euros por abuso de posición dominante contrario al artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia. De conformidad con dicha resolución, Iberdrola había seguido una estrategia de requerir en determinadas centrales ubicadas en zonas en las que ostentaba una posición dominante en el mercado diario de casación precios excesivamente elevados por la electricidad que producía con la intención de que su oferta no fuese casada y fuese requerida su participación en el mercado de restricciones técnicas, con un precio más alto del que hubiera percibido en el mercado de casación.

La recurrente articula su demanda mediante tres motivos, todos ellos por infracción del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción. En el primero de ellos, se invoca la infracción del artículo 24 de la Constitución, por haber efectuado el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración substancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

En el segundo motivo se aduce la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), en relación con el 129.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la jurisprudencia, todos ellos en relación con el artículo 25 de la Constitución, por haber apreciado erróneamente una conducta infractora del primero de los preceptos citados.

Finalmente, el tercer motivo se basa en la supuesta infracción del mismo artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el 137 de la Ley 30/1992, así como de la jurisprudencia, en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución, por invertir la carga de la prueba, ya que la Sentencia se habría limitado a considerar acreditada la existencia de precios excesivos y seguidamente se exige a la recurrente no haber acreditado su

alegación de que los costes de producción de electricidad eran superiores a los precios del mercado diario.

El Abogado del Estado sostiene, en lo que respecta al primer motivo, que no se ha infringido el principio acusatorio, pues el órgano resolutorio tiene la facultad de identificar y modificar las conductas investigadas por el instructor, pudiendo al hacerlo identificar hechos ajenos a las conductas infractoras inicialmente identificadas. Considera que ha habido una discrepancia entre la imputación/calificación/valoración jurídica de los hechos acreditados en el pliego de concreción de hechos efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia y la realizada por el Tribunal, que es a quien le corresponde la calificación jurídica definitiva. En definitiva, afirma, el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha modificado o alterado lo más mínimo el relato de los hechos acreditados en el pliego de concreción de hechos ni en el Auto de nueva calificación ni en la resolución final, hechos que seguían siendo los mismos antes y después de su intervención. Por otra parte la empresa expedientada pudo intervenir y alegar cuanto a su derecho convino antes de la resolución final, con pleno respeto al principio acusatorio y al derecho de defensa. Según el Abogado del Estado, el principio acusatorio no significa, como afirma Iberdrola, la "inalterabilidad o identidad de los hechos que se imputan", sino la imposibilidad de ampliar la imputación y sanción a hechos nuevos no recogidos como acreditados en el pliego de concreción de hechos, que es lo que, en definitiva, refleja la Sentencia de la Audiencia Nacional cuando afirma que no se incorporan hechos nuevos ni en cuanto al número de centrales ni respecto al período de tiempo.

En cuanto al segundo motivo, el Abogado del Estado entiende que existe completa claridad en cuanto a la conducta considerada constitutiva de abuso de posición dominante y que la misma ha sido plenamente acreditada. En lo que respecta al tercer motivo del recurso, el representante de la Administración rechaza que haya insuficiencia probatoria y de que se incurra en una inversión de la carga de la prueba.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo a la alegación de alteración de la imputación y de indefensión.

La entidad recurrente sostiene que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha alterado de forma substancial la imputación que había formulado el Servicio de Defensa de la Competencia, vulnerando con ello el derecho de defensa garantizado por el artículo 24 de la Constitución. En efecto, según Iberdrola, en el pliego de concreción de hechos formulado por el instructor del servicio se le imputaba un abuso de posición dominante consistente en ofrecer *a través de sus centrales de Castellón 3 y Escombreras 5 los días 18 de mayo y 13 de noviembre* la electricidad a precios muy elevados con el objeto de dichas centrales no resultaran casadas en el mercado diario y fueran posteriormente llamadas a resolver restricciones técnicas. Como consecuencia de ello, la defensa de la recurrente se refirió estrictamente a dicha conducta, la oferta de la electricidad unos precios excesivos en dos centrales y cada una en un día concreto. La imputación así configurada se confirmó en el informe-propuesta de 2 de noviembre de 2.005 y de nuevo la recurrente formuló sus alegaciones a la vista de dicha imputación.

Por contra, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que puso fin al procedimiento le imputa una conducta continuada de oferta de la electricidad a precios excesivos para la central de Castellón entre el 18 de diciembre de 2.002 y el 27 de mayo de 2.003 y entre el 23 de octubre y el 31 de diciembre de 2.003 y, para las centrales de Escombreras 4 y 5, durante 2.003. En consecuencia, afirma, se han tomado en cuenta a la hora de dictar la resolución sancionadora impugnada en la instancia hechos distintos, puesto que la duración de una conducta es, en sí misma, un hecho. Diferencia que tiene la virtualidad de transformar lo que sería un hecho aislado en una estrategia deliberada y continuada.

Continúa la parte argumentando que la Sentencia que se recurre sostiene, en cambio, que no ha habido en absoluto una modificación de los hechos investigados y que, por ende, no se ha vulnerado el derecho de defensa. Pero afirma Iberdrola que si bien es posible que al amparo del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia realice una nueva calificación jurídica de los hechos imputados, ello no autoriza al Tribunal a alterar sustancialmente los propios hechos imputados. En su opinión, el principio acusatorio hay que referirlo estrictamente

a los hechos imputados en el pliego de cargos, tal como se recoge en la jurisprudencia constitucional que se menciona, y no a unos genéricos hechos investigados. Indica también Iberdrola que en la aplicación del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia ni siquiera se oyó al instructor del expediente, como exige literalmente el precepto, sino al Subdirector General de Prácticas Restrictivas de la Competencia, lo que le habría ocasionado indefensión al no saberse la opinión del instructor sobre el vuelco ocasionado a su labor instructora.

Por otra parte, añade la recurrente, la Sentencia impugnada reconoce que tanto el instructor como el Tribunal subsumieron los hechos en el mismo tipo infractor de abuso de posición de dominio, luego no se ha producido una nueva calificación. Lo que se ha producido, en cambio, es una alteración de los hechos: una alteración temporal, se pasa de dos días a un período continuado y muy prolongado, una alteración territorial, al referirse a tres centrales en vez de a dos y una alteración material, al no imputar la aplicación puntual de precios abusivos en dos días concretos sino la adopción de una estrategia de retirar capacidad de generación del mercado para colocar esa generación a unos precios muy superiores en la fase de restricciones técnicas.

Finaliza su escrito la recurrente asegurando que se le ha producido indefensión, pues no se evita la misma por la simple posibilidad de formular alegaciones ante una alteración sorpresiva de los hechos imputados por el instructor. Pero de hecho se le priva así de la posibilidad de destruir las imputaciones realizadas con posterioridad a la imputación formal efectuada por el instructor. Las alegaciones a las que se refiere el artículo 43 están previstas para defenderse, afirma la parte, de una calificación jurídica nueva, pero no de una alteración substancial de los hechos precedida de tres meses de extensas diligencias probatorias que han supuesto de hecho una nueva instrucción.

En definitiva y tal como se acaba de resumir, el Tribunal de Defensa de la Competencia alteró la imputación al ampliar según Iberdrola Generación substancialmente los hechos en los que se basaba la misma y respecto a la que se había orientado toda su defensa, vulnerado de esa manera el principio acusatorio y originándole una manifiesta indefensión, actuación que

habría sido indebidamente convalidada por el Tribunal de instancia. En relación con esta misma alegación en la demanda contencioso administrativa, la Sentencia de instancia había sostenido lo siguiente:

"TERCERO.- La defensa del Estado opone, en primer lugar, que en ningún caso se ha producido un cambio en los hechos imputados, pues el referido Auto de nueva calificación dictado por el TDC sólo constituye un cambio de calificación jurídica porque, aunque el precepto vulnerado es el mismo, el art.6 de la LDC, y los hechos investigados son también coincidentes, se entiende que lo relevante jurídicamente a los efectos de la infracción legal es la actuación continuada descrita en dicho Auto, que es igual al del PCH, y no la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos.

En segundo lugar opone la citada defensa que no se puede admitir que con el resultado de la providencia acordando diligencias para mejor proveer, de 6 de octubre de 2006, se produjo una nueva instrucción del expediente, pues su objeto era obtener del operador del mercado (OMEL) y del operador del sistema (Red Eléctrica) determinados datos históricos y simulaciones referidas, en todo caso, a los periodos de tiempo investigados por el SDC. Con ella se trató de profundizar en el conocimiento de la conducta objeto de investigación y nunca se pretendió ni se consiguió incorporar nuevos hechos susceptibles de ser sancionados al amparo de la LDC. En cualquier caso, se han aplicado los artículos 37.1, 42 y 43.1 de la LDC. En definitiva, nunca hubo cambio de sorpresivo de imputación porque los hechos en que se basa el cambio de calificación siguen siendo los mismos a los que se refirieron los informes de la CNE, el pliego de concreción de hechos y el informe-propuesta.

En segundo lugar, opone la reiterada defensa que la delimitación del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, realizado por el TDC cumple con la doctrina existente y con los test de mercado que basados en la sustituibilidad de la oferta y la demanda deben ser aplicados en la delimitación del mercado relevante, que es necesariamente previa a la determinación de una posición de dominio. Añade que lo opuesto por la recurrente de que el TDC no había acreditado la capacidad de comportamiento independiente, que es en realidad el único racional posible, es una mera tesis porque siempre que se genera en restricciones se genera también en intradiario, y por lo tanto la estructura de costes en el diario y la estructura de costes en restricciones con intradiario convergen; si la estructura de costes en una y otra estrategia es la misma, no hay justificación alguna para la conducta, ni se sustenta el argumento de racionalidad alegado por esa parte. Por otro lado, señala esa misma defensa que efectivamente el operador del sistema es quien decide qué centrales deben generar en el mecanismo de restricciones técnicas, como reconoce la recurrente, pero ésta olvida decir que entre las que "están disponibles"; en consecuencia, la elección del REE no es libre, pues está restringida a las disponibles.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, entiende la referida defensa del Estado que el TDC ha probado y acreditado que en otros momentos del tiempo investigado, como son el 2002 y algunos meses de 2003, la recurrente se ha comportado acudiendo al mercado competitivo, lo que le permite analizar otras

conductas de la misma empresa que podían ser indicativas de abuso de posición de dominio. En la resolución ahora recurrida se ha demostrado ese abuso comenzando por la delimitación del mercado relevante, acreditando la posición de dominio en dicho mercado y constatando la independencia de comportamiento que le ha llevado a cobrar un precio por su energía muy superior al que han percibido los agentes que se han comportado competitivamente en el mercado, causando esa conducta en éste unos efectos recogidos expresamente en la resolución del TDC recurrida (fundamento quinto).

En tercer lugar indica dicha parte que una lectura del hecho probado sexto de la resolución recurrida evidencia la existencia de culpabilidad por parte de la recurrente aún en su grado de simple inobservancia (artículo 130 de la Ley 30/1992), pues los cuadros estadísticos recogidos en ese hecho determinaban que las empresas terminaban mayoritariamente generando tal y como habían proyectado, en el diario cuando así lo decidían, o en restricciones técnicas e intradiario cuando esa era la estrategia planeada.

En cuarto lugar, y frente a las alegaciones de desproporción de la cuantía de la sanción y de que nunca antes se había impuesto una sanción de tal cuantía, la defensa del Estado señala que la recurrente ha efectuado una comparación de sanciones de forma sesgada. Sobre lo alegado por la actora de que se ha hecho, como nunca se hizo, equivaler la cuantía de la sanción impuesta al importe de los ingresos adicionales que le habría reportado la conducta que se sanciona, señala dicha parte demandada que la conducta sancionada es porque la demandante generó unos determinados niveles de energía eléctrica que al ser vendida en un mercado donde ostenta posición de dominio puede hacerlo a un precio muy superior al que obtendría en el mercado diario de la competencia. Sin embargo, los costes de generar dichos niveles de energía no son superiores a los de producir esa energía en el mercado competitivo, puesto que con la estrategia de generar en la fase de restricciones técnicas, y después en la fase de intradiario, los niveles de producción y sus perfiles a lo largo del día son los mismos que se habrían producido al generar esa energía para el mercado diario; así lo demostró la CNE. Por lo que si los costes son los mismos en las dos situaciones y los ingresos en monopolio son muy superiores a los ingresos en competencia, ese exceso de ingresos se convierte en un beneficio extraordinario que en el ámbito jurídico se llama beneficio ilícito. La cuantía de esos beneficios ilícitos es precisamente lo que se utiliza como base de la cuantificación de la sanción, al igual que otros casos.

CUARTO.- Con carácter previo se ha de recalcar que el TDC, en su resolución, señala que el citado acto tenía como finalidad determinar si la hoy actora ha infringido el artículo 6 de la LDC a través de una conducta consistente en restringir la producción de energía eléctrica en el mercado diario de generación, con el objeto de obtener por dicha energía, no el precio del mercado en competencia, sino un precio superior y determinado por ella, al ser llamada a generar para resolver un problema de restricciones técnicas. Esta conducta, indica la citada resolución, la habría desarrollado con tres grupos de generación, Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5, y habría estado conduciéndose así en los periodos del 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 con la unidad de generación de Castellón 3, y durante todo el año 2003 con las unidades de generación Escombreras 4 y 5.

La recurrente articula como primer motivo de su recurso que en la tramitación del expediente ante el TDC se ha practicado una nueva instrucción y al dictarse un nuevo Auto de recalificación se han vulnerado derechos de defensa y el principio acusatorio, pues se le está imputando a la interesada hechos nuevos no recogidos en el expediente; todo lo cual constituye una flagrante vulneración del artículo 24 de la CE.

El artículo 37 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LCD), dispone:

1. El Servicio de Defensa de la Competencia practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.

Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los presuntos infractores para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el período probatorio, efectuar en el plazo de diez días su valoración.

Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación.

2. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el Servicio al redactar el informe al que se refiere el número siguiente.

3. El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

4. Cuando, tras la instrucción necesaria, el Servicio considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de diez días hagan las alegaciones oportunas. Posteriormente el Servicio, podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones. Contra dicho acuerdo podrá interponerse recurso conforme a lo dispuesto por los artículos 47 y 48 de esta Ley.

El artículo 42 de la misma Ley establece:

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba incluso la de declaración de los interesados y la de reconocimiento, y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro Organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el Vocal designado a tal fin.

Finalmente, el artículo 43 de la misma norma prescribe:

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, conclusas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa.

De acuerdo con la normativa expuesta, en el presente procedimiento sancionador el PCH que efectúa el órgano instructor (SDC), y a que hace referencia el artículo 37 de LDC, no puede en ningún caso apreciarse como una calificación definitiva pues el artículo 43 de la Ley prevé que el órgano que ha de resolver (TDC) pueda efectuar una nueva calificación, pero en ningún caso cabe que esa nueva calificación modifique los hechos contenidos en el PCH, puesto que dicha norma sólo habla de nueva calificación, lo que implica que no se pueden alterar los hechos.

Igualmente, esas normas, concretamente el artículo 42, reconocen la posibilidad de que por el citado órgano que ha de resolver practique diligencias para mejor proveer, lo cual, enlazándolo con lo anterior, significa que las mismas únicamente tendrá como fin ratificar los hechos recogidos en el PCH y, en su caso, poder deducir otra calificación, pero siempre manteniendo intactos los hechos del citado PCH.

Por lo tanto, la resolución de la cuestión suscitada por la recurrente pasa por determinar si en el citado acto de nueva calificación se han introducido hechos nuevos respecto al PCH, lo cual resolverá también si efectivamente, y como apunta igualmente la recurrente, se ha producido una nueva instrucción por medio del sistema de diligencias para mejor proveer.

El TDC, valorando toda la documentación obrante en el expediente, concluye que no se han producido ninguna de esas irregularidades alegadas por la parte recurrente, ni se ha causado indefensión a la misma.

Efectivamente, y en coincidencia con el TDC, se aprecia que desde los informes de la CNE (que son auténticas denuncias), lo que se investiga es la conducta de la recurrente en el mercado eléctrico durante los periodos de tiempo que van desde el 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y desde el 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación de Castellón 3 y durante todo el años 2003 para las unidades de Escombreras 4 y 5. La valoración jurídica de estos hechos consiste en determinar si ha habido un abuso de posición de dominio para la realización de ofertas de precios muy altos en dos días, según el SDC, o bien la de realizar, según el Auto de nueva calificación del TDC, de manera continuada durante esos periodos ofertas de generación al OMEL a unos precios superiores a los precios de casación del mercado diario del momento, y ello con el objeto de obtener un precio, al ser llamado a generar para solucionar restricciones técnicas, mayor que el que se derivaría de casar la oferta y la demanda ordinaria.

Al hilo de lo expuesto en el anterior párrafo es evidente que en ambos casos el SDC y el TDC califican los hechos por el artículo 6.1 de la LDC, que dice textualmente:

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

Se ha de resaltar que en el PCH, en su apartado de valoración jurídica, se recoge, concretamente en su último párrafo, lo siguiente: "En conclusión, se imputa a Iberdrola Generación una conducta de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en, los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2003, ofertar a través de sus centrales en Castellón 3 y Escombreras 5 a precios muy elevados con el objeto de que dichas centrales no resultaran casadas en el mercado diario y fueran posteriormente llamadas a resolver restricciones técnicas, lo que supuso un sobre coste al sistema y generó un beneficio extraordinario a su favor (folio 1.524 del expediente del SDC)". En similares términos se pronuncia la propuesta al TDC de 2 de noviembre de 2005 (folio 1.766 del expediente del SDC)

El Auto de nueva calificación del TDC, de 25 de enero de 2007, recoge expresamente los hechos del PCH de 7 de octubre de 2005, y realiza una valoración jurídica en su fundamento quinto que dice: "Visto todo lo que antecede,

en opinión del Tribunal, en el expediente instruido por el Servicio y atendiendo a los Hechos Acreditados contenidos en el PCH, la calificación jurídica que merecían los hechos es la de una práctica continuada de abuso de posición de dominio por parte de IBERDROLA durante los períodos señalados por la CNE en su informe e investigados, y no solo un abuso de posición de dominio los días imputados en el Informe-propuesta del Servicio, por lo que estaríamos ante una errónea valoración jurídica realizada por el Servicio...".

En la parte dispositiva de ese Auto el TDC considera que los hechos imputados en el PCH podrían ser calificados como un abuso de posición de dominio consistente en que de una manera continuada en el tiempo, y desde una conocida posición de dominio, se estaría retirando capacidad de generación del mercado diario para colocar esa generación a unos precios muy superiores en el mecanismo de resolución de restricciones técnicas.

En este punto se ha de recordar lo sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006, recurso 3754/2006, con relación a los principios que rigen el procedimiento penal y que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador:

La potestad sancionadora de la Administración, que constituye una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, según contempla el artículo 25 de la Constitución, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto del principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que se proyecta en el reconocimiento, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva, y del derecho a un proceso con todas las garantías que garantiza el artículo 24 de la Constitución, del derecho subjetivo de que nadie puede ser sancionado sino en los casos legalmente previstos y por las autoridades administrativas que tengan atribuida por Ley esta competencia sancionadora y a través del procedimiento en que se respeten plenamente el derecho de defensa, el derecho de ser informado de la acusación y el derecho a la presunción de inocencia.

Los principios inspiradores del orden penal referidos en el artículo 25 de la Constitución y las garantías procesales consagradas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables con matices en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, según advierte el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia (STC 18/1981), exigiendo que se respete, según se afirma en la sentencia 77/1983:

«a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.».

Las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, F. 3) ».

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora...".

Con respecto al procedimiento sancionador regulado por la LDC, la sentencia de ese mismo alto Tribunal de 27 de febrero de 2007 (recurso 7130/2005) señala:

Debe significarse que, según es doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el

instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

En consecuencia, proyectando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas a la presente litis, cabe rechazar que la Sala de instancia haya producido lesión de los derechos de defensa en la tramitación del expediente sancionador ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, al haberse respetado en la tramitación del expediente sancionador el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

Pues bien, en el presente caso se ha de resaltar, frente a lo alegado por la recurrente, que en el citado Auto de nueva calificación no se incorporan hechos nuevos, pues la continuidad temporal que el mismo imputa versa sobre el mismo periodo a que se referían los informes de la CNE que motivaron la instrucción, y las tres centrales que dicho Auto incluye en su calificación son las mismas que fueron objeto de la instrucción, porque esos informes-denuncias las mencionaban expresamente (del 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación de Castellón 3 y durante todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5). El hecho de que el PCH sólo se refiriera a dos días y una central eléctrica (Castellón 3) en su valoración jurídica y el Auto de nueva calificación a una continuidad en el ámbito temporal a que se ciñó la investigación y ampliara la calificación a otras dos centrales, aparte de aquella, en absoluto supone una modificación de los hechos investigados y, por ende, no se vulnera, en los términos de la Doctrina arriba expuesta, el derecho a la defensa.

Por otro lado, en el Auto de nueva calificación se sigue calificando los hechos como que infringen también el artículo 6 de la LDC, constituyendo, igualmente, abuso de posición de dominio, si bien, frente a la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos en dos días (SDC) se recalca la referida continuidad en el tiempo de la realización de ofertas de generación al Operador del Mercado por parte de la expedientada a unos precios superiores a los precios de casación del mercado ordinario del momento a fin de ser llamada a generar para solucionar restricciones (Auto del TDC). Obviamente, la nueva calificación hace hincapié en determinados hechos ya investigados en la instrucción y recogidos en el PCH, pero ello no significa una introducción de nuevos elementos fácticos que dado su carácter sorpresivo pudieran causar indefensión a la parte recurrente.

También se ha de indicar que respecto a ese Auto de nueva calificación (que además cumplió el trámite de audiencia al instructor) la interesada pudo efectuar alegaciones, incluso se le entregó nueva documentación por la misma solicitada y se le amplió plazo a fin de efectuar nuevas alegaciones respecto a los nuevos documentos que se le entregó, y así lo llevó a cabo. Por otro lado, en la sustanciación de las diligencias para mejor proveer anteriores a dictarse dicho auto, la parte interesada tuvo oportunidad, y así lo hizo, de efectuar alegaciones sobre

dichas nuevas diligencias. En consecuencia, en ningún caso, se reitera, se le ha causado a la misma indefensión.

Respecto a las diligencias para mejor proveer que acordó el TDC en providencia de 6 de octubre de 2006 (folios 412 del expediente del TDC), se ha de recordar que su objeto era obtener del operador del mercado (OMEL) y del operador del sistema (RED ELECTRICA) unos datos históricos y determinadas simulaciones, siempre con relación al ámbito temporal que investigó el SDC.

Se ha de compartir lo alegado por la Abogacía del Estado en que con esas diligencias se pretendía concretar en un expediente sancionador, y de forma exhaustiva, las circunstancias que concurrieron en las conductas investigadas. La necesidad de realizar esas simulaciones lo reconoce la propia interesada en sus alegaciones efectuadas el 26 de noviembre de 2004 (folios 19 y ss del expediente SDC) cuando, con relación al informe de la CNE causante de la instrucción, señala:

*Profundizando mas en este tema, podemos encontrar en el apartado 2.2 del informe la siguiente afirmación: "...calculando para cada día en los que el grupo se despacha por restricciones, la renta extraordinaria obtenida como la diferencia entre los ingresos reales obtenidos por los grupos y el valor máximo entre el ingreso medio hipotético que hubiesen obtenido si hubiesen acudido al mercado diario.... Aquí la CNE parece que utiliza el precio del Mercado Diario como algo estático inamovible para calcular el ingreso que hubiera obtenido un ciclo si hubiera acudido a dicho mercado. Para poder deducir lo que hubieran cobrado los ciclos combinados de haber ido a Mercado Diario en lugar de ser llamados para cubrir restricciones, necesariamente se tiene que utilizar una simulación de precios resultantes **de una nueva casación** una vez introducidas las producciones de estos grupos a **precio cero**, pues estamos hablando de más de 1400 MW de ciclos combinados casados en el mercado, que necesariamente modificarían los precios del mercado diario a muy a la baja. Sólo así se podrían inferir de forma real los ingresos que podrían haber recibido los ciclos combinados si finalmente hubieran ido a mercado diario y no a restricciones técnicas (folio 42).*

En definitiva, con las nuevas diligencias lo que se pretendía era profundizar en esos hechos investigados para su mayor concreción y acreditación, sin que en ningún caso supusiera la introducción de nuevos datos fácticos. Y la aparente abundante documentación de esas nuevas diligencias se debe, por un lado, a la duplicidad en algunos casos de la documentación remitida, y por otro porque se han remitido las salidas intermedias del proceso informático necesario para llegar a obtener los datos solicitados en esa diligencia para mejor proveer.

Finalmente, se ha de reiterar que la interesada ha tenido en todo momento conocimiento tanto de la instrucción del expediente como de la fase sustanciada ante TDC, pudiendo efectuar alegaciones y proponer prueba. Si alguna prueba se le ha rechazado, ello está dentro de la facultad que tiene en tal sentido, primeramente el órgano instructor y luego el que decide, de acuerdo con la normativa que regula estos procedimientos sancionadores en el ámbito administrativo. Igualmente, se oyó al órgano que instruyó el expediente y aunque no fuera la misma persona física que ostentara su titularidad ello no le causa

indefensión alguna a la interesada, aparte de que la Ley habla de que se oíría al órgano instructor no al concreto titular del órgano. Incluso, se insiste, tras la nueva calificación tuvo posibilidad la actora, y lo hizo, de efectuar alegaciones pidiendo la revocación del auto de calificación, aparte de que solicitó distinta documentación y se le admitió, no así otras pruebas; y ahora en sede judicial ha podido, aunque no lo ha solicitado, instar práctica de prueba en defensa de su derechos.

En consecuencia, no ha habido un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos, pues en dicho acto de trámite se han tenido en cuenta los mismos que se recogían, por lo arriba expuesto, en los informes de la CNE que sirvieron de denuncia, en el PCH y en el Informe-Propuesta, que, se insisten, consistieron en la conducta de la hoy recurrente en el mercado eléctrico y concretada en el expediente en los periodos temporales que abarcan desde el 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación Castellón 3, y durante todo el año 2003 para las unidades de generación Escombreras 3 y 4. Estos son los hechos que se han debatido por las partes en el procedimiento, de los que ha tenido perfecto conocimiento la interesada y sobre los que ha podido la misma proponer prueba y efectuar alegaciones, por lo que su derecho a la defensa ha permanecido intacto y sin que se haya, por ello, infringido en ningún caso el artículo 24 de la CE, ni el principio acusatorio." (fundamentos jurídicos tercero y cuarto)

Frente a las afirmaciones de la empresa mercantil recurrente, la Sentencia de la Audiencia Nacional ha valorado acertadamente la validez de la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, hemos de dar la razón al Abogado del Estado y rechazar que se haya producido una alteración del procedimiento sancionador contraria a derecho y que se hayan conculcado los derechos de defensa de la sociedad sancionada.

En efecto, en síntesis, la argumentación de la parte implica que la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción -en el caso, para el Servicio, precios excesivos en dos centrales, uno por central-, de tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable -que en el presente supuesto no ha sido alterado, pues en ambos casos ha sido el de abuso de posición dominante-, pero no en lo que respecta a tales hechos, con independencia del conjunto de hechos y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Sin embargo, ni la concreta regulación legal del procedimiento sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia ni los principios constitucionales relativos al principio acusatorio y al derecho de

defensa avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador.

Los artículos 42 y 43 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989 (actualmente, el artículo 51 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio), aplicable al supuesto de autos, dicen lo siguiente:

"Artículo 42. Diligencias para mejor proveer.

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba, incluso la de declaración de los interesados y la de reconocimiento, y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro Organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el Vocal designado a tal fin.

Artículo 43. Audiencia del Instructor y resolución del expediente.

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, conclusas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa."

Finalmente, y como se recuerda en la Sentencia de instancia, esta Sala, en la Sentencia de 21 de febrero de 2.006 (RC 1.451/2.002),

concretamente referida al procedimiento sancionador regulado en la misma Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, en doctrina luego reiterada en posteriores sentencias de 21 de febrero de 2.006 -RC 3.754/2.003-, de 18 de mayo de 2.006 -RC 6.948/2.003- y de 27 de febrero de 2.007 -RC 7.130/2.005-, ha señalado lo siguiente:

"SEGUNDO.- Sobre las cuestiones jurídicas comunes a los recursos de casación derivados de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1.997.

En el examen conjunto de los distintos recursos interpuestos por diversas empresas contra la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, esta Sala ha establecido los siguientes criterios de general aplicación, que permiten rechazar varios motivos del escrito de interposición.

[...]

II. Sobre la separación entre instrucción y sanción. Se censura la infracción, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, del principio de separación entre las funciones instructoras y las sancionadoras. Algunas de las partes recurrentes consideran, a estos efectos, como normas supuestamente infringidas o bien el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o bien el artículo 10 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Otras sociedades recurrentes, admitiendo que aquellas normas resultaban en sí mismas inaplicables de modo directo, pues el expediente se había incoado antes de la entrada en vigor de la citada Ley 30/1992 y se debía regir, en consecuencia, por lo establecido en su Disposición Transitoria Segunda, sostienen que se vulnera aquel principio según queda fijado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras, la de 8 de junio de 1.981).

La censura se expresa en un doble sentido. Por un lado el Tribunal de Defensa de la Competencia habría ejercido facultades instructoras al ordenar que se incorporasen al expediente determinados documentos relevantes; por otro, éstos se referían a hechos distintos de los delimitados en el periodo de instrucción.

Antes de examinar con mayor detenimiento la cuestión debemos recordar que, siendo cierto que el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo está sujeto también al principio de separación entre los órganos instructores y los órganos que resuelven, ello ha de entenderse (según había afirmado este Tribunal Supremo con reiteración, ratifica la sentencia constitucional de 8 de junio de 1.981 y asume la Ley 30/1992) en términos adecuados a la naturaleza administrativa, no judicial, de aquéllos.

Los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

Puede asimismo el Tribunal de Defensa de la Competencia, amparado en el artículo 40 de la Ley 16/1989, acordar de oficio, en el momento procesal oportuno, la práctica de cuantas pruebas estime procedentes dando intervención a los interesados, a quienes ha de poner de manifiesto igualmente el resultado de dichas diligencias de prueba para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia.

Así sucedió en este caso. Mediante su auto de 10 de noviembre de 1.994 el Tribunal de Defensa de la Competencia admitió como prueba documental los datos y documentos aportados al expediente por los interesados, ordenó la práctica de determinadas pruebas documentales que habían sido solicitadas por éstos y, de oficio, acordó: a) solicitar determinados informes de la Comisión Europea y del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sobre la regulación y funcionamiento del sector lácteo y, b) "requerir a todas las empresas encausadas en este expediente para que aportaran al Tribunal, en el plazo que se señalaba, todas las facturas existentes de compra de leche a ganaderos, correspondientes a los meses de septiembre del año 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, acompañadas de un informe de auditoría o de experto independiente" que acreditara determinados extremos, así como requerir a la "Unión de Pequeños Agricultores" "para que aporte a este Tribunal, en el plazo que se señala, facturas de sus asociados correspondientes a las ventas de leche realizadas a la industria láctea en los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, debidamente averdadas".

La incorporación de dichas facturas como medios de prueba resulta conforme con el artículo 40 antes citado y no era sino ejercicio de las facultades que la Ley 16/1989 atribuye a Tribunal de Defensa de la Competencia en el momento procesal correspondiente. No cabe sostener que, por acordar de oficio la práctica de una determinada prueba, dicho Tribunal se convierta en instructor del expediente, sustituyendo a éste. Simplemente, si estima que una determinada diligencia puede ser útil, en un sentido o en otro, para la decisión final, está legalmente facultado para acordarla.

Los documentos contables cuya aportación requirió el Tribunal de Defensa de la Competencia resultaban pertinentes para acreditar, en unión de todos los demás ya existentes y de las demás pruebas realizadas a instancias de los

interesados, si en efecto existió o no la práctica anticompetitiva objeto del expediente. Las facturas incorporadas de oficio no eran, por lo demás, sino complemento de las que ya constaban en el expediente tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Por ello pudo afirmar el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución impugnada (apartado diez de los "hechos probados") que los datos sobre precios se podían extraer tanto de las facturas incorporadas de oficio como de los demás documentos existentes en el expediente, siendo unos y otros "plenamente coincidentes". Afirmaciones que reitera en otros apartados de la resolución como por ejemplo en el 7.2 de los fundamentos de derecho al expresar que toma en consideración, para obtener sus conclusiones, "[...] la muestra de facturas obrante en el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia que abarca también los meses de octubre y noviembre de 1991 y de enero, febrero y marzo de 1992."

El instructor del citado expediente había, en efecto, recogido una "[...] muestra de facturas de compra de leche a ganaderos de las empresas expedientadas" a la que se unieron después, tanto en la fase meramente instructora ante el Servicio como en la tramitada ante el Tribunal, otras facturas aportadas como prueba documental por las propias empresas lácteas y por la Unión de Pequeños Agricultores. La adición de nuevas facturas que corroboraban las conclusiones obtenidas del análisis de las que existían en el expediente no es sino una prueba más de las que legítimamente pueden acordarse, también de oficio, en el seno del procedimiento contradictorio desarrollado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que precisamente incorpora una fase de prueba.

Todo este material probatorio "coincidente" giraba sobre los mismos elementos de hecho económicos por lo que tampoco cabe afirmar que el Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante la incorporación de las facturas o, en general, a través de su decisión sancionadora, introdujera nuevos hechos no contemplados en la fase de instrucción del expediente administrativo sobre los que asentar la tipificación de las conductas. En concreto, no es cierto que hubieran sido ajenos a dicha fase de instrucción los hechos relativos a las primas y descuentos comerciales. El pliego de concreción de hechos de infracción, de 22 de diciembre de 1.993, ya había imputado a los expedientados la adopción de una recomendación -y su seguimiento por las 49 empresas lácteas que la pusieron en práctica- de determinados precios base y de porcentajes de bonificación y descuento según la calidad del producto. [...]" (fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 21 de febrero de 2.006 -RC 1.451/2.002-)

Pues bien, interpretados los referidos preceptos legales a la luz de la citada jurisprudencia, está claro que tanto tras admitirse a trámite el expediente (artículo 40.2: "el Tribunal podrá disponer la práctica de cuantas pruebas...") como tras la vista o conclusiones (artículo 42.1: "el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba..."), el Tribunal de Defensa de la Competencia puede practicar pruebas, dando en todo caso "intervención" a los interesados. Ya esta posibilidad echa por tierra las afirmaciones de la parte relativas a que se ha producido una nueva instrucción

contra legem, cuando el Tribunal se ha limitado a aplicar estrictamente la posibilidad prevista con carácter expreso en el citado artículo 42 de la Ley, que ya prevé la debida intervención de los interesados -lo que se cumplió escrupulosamente, según consta en las actuaciones- al objeto de evitar toda indefensión.

A partir del reconocimiento legal de semejante posibilidad, es preciso dilucidar el alcance y objeto de esta nueva actividad probatoria. Está claro que la misma no puede tener por objeto la investigación de conductas supuestamente antijurídicas distintas a las ya investigadas, no ya tanto porque ello pudiera ocasionar indefensión -lo que podría evitarse con la preceptiva participación de los interesados-, sino porque ello debería necesariamente dar pie a un nuevo procedimiento sancionador, constituyendo lo contrario una interpretación manifiestamente irrazonable y contraria a la lógica jurídica. Ahora bien, en el marco del expediente instruido y en relación con la propia conducta investigada, está claro que dichas pruebas admiten la incorporación de nuevos datos de hecho que complementen el material probatorio a disposición del Tribunal. Hasta tal punto esto es así que el artículo 43, que comentamos seguidamente, contempla la posibilidad de una reconsideración por parte del Tribunal de la calificación decidida por el instructor en caso de que entienda "que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación". Por lo demás, en el caso de autos, las diligencias de prueba acordadas por el Tribunal consistieron en simulaciones e informes destinados a esclarecer el alcance de los comportamientos investigados, esto es, el sentido y consecuencias de la oferta de electricidad por parte de las centrales afectadas a precios inusualmente elevados en los períodos investigados; y, además, la mercantil sancionada pudo proponer nuevas pruebas que fueron parcialmente admitidas, sin que haya formulado queja alguna respecto que la denegación de las no admitidas hubiera sido determinante de indefensión.

Con ello llegamos a lo que constituye el núcleo argumental del motivo, y es que la nueva imputación formulada por el Tribunal se separa de la valoración jurídica contenida en el pliego de concreción de hechos y del informe-propuesta del Servicio y si bien aplica la misma tipificación (abuso de posición dominante del artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia), lo

hace con una distinta calificación (oferta de la energía generada a precios excesivamente elevados a fin de que no resultase casada y de que se le requiriese en fase de restricciones técnicas, frente a una calificación limitada a la oferta de la electricidad a precios abusivos en dos días concretos) y con inclusión de hechos nuevos (se añaden las ofertas de electricidad de la central Escombreras 5 durante 2.003 y se contemplan períodos prolongados para las ofertas de las centrales de Castellón 3 a lo largo de 2.002 y 2.003 y Escombreras 4 (2.003), en vez de un día sólo para cada una de estas dos últimas centrales).

Pues bien, es preciso rechazar que en el marco del proceso administrativo sancionador regulado en la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, con la concreta regulación jurídica que hemos expuesto (hoy está vigente una regulación análoga en el artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2.007), la nueva calificación jurídica a la que se refiere el artículo 43 de la Ley sólo pueda consistir en una modificación del tipo sancionador, sin implicar la menor alteración de los hechos subsumidos en el tipo en cuestión. Antes al contrario, la previsión de nuevas diligencias probatorias (artículos 40 y 42), la audiencia al instructor (artículo 43.1) y la intervención de las partes (artículos 40, 42 y 43.1) evidencian que la nueva apreciación de la cuestión sometida a su conocimiento que lleva al Tribunal a acordar otra calificación (artículo 43.1) puede incluir una distinta selección o configuración de los hechos constitutivos de la infracción administrativa, siempre que se cumplan dos condiciones a las que ya nos hemos referido: que se trate de las mismas conductas investigadas y, por tanto, que los hechos ahora delimitados como constitutivos de la infracción se encuentren entre los que figuran en el expediente sancionador y que no se produzca indefensión material de ningún tipo.

Examinando el supuesto en cuestión nos encontramos con que las conductas denunciadas por la Comisión Nacional de la Energía (puntos 1 y 3 de los antecedentes de hecho de la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2.007) e investigadas por el Servicio incluidas por éste en el pliego de concreción de hechos -puntos 1 a 5- (punto 5 de los antecedentes de hecho de la citada resolución) son la oferta al mercado diario por parte de las centrales de Castellón 3 y Escombreras 4 y 5 de

energía eléctrica a precios excesivamente altos durante los periodos ya mencionados de 2.002 y 2.003, con el objetivo aparente de que no fuesen casadas en dicho mercado y que fuesen requeridas luego en la fase de restricciones técnicas. Así pues, tanto la conducta específica y concreta que el Servicio consideró sancionable como abuso de posición dominante (dos días de dos centrales) como la que el Tribunal subsumió en el mismo tipo infractor (amplios períodos de tiempo de tres centrales) están comprendidas en las conductas denunciadas, investigadas y descritas en el pliego de concreción de hechos, sobre las que la recurrente alegó tanto antes como después de la nueva calificación efectuada por el Tribunal. Por otra parte, la no intervención personal del instructor en esta segunda fase resulta por completo irrelevante desde la perspectiva de una supuesta indefensión material de la recurrente, que pudo intervenir en tal momento, como efectivamente hizo.

En definitiva, es preciso concluir que la nueva calificación contemplada por el artículo 43.1 de la Ley de Defensa de la Competencia puede incluir, como efectivamente ocurrió en el presente supuesto, una distinta selección de hechos entre las mismas conductas inicialmente sospechosas de ser antijurídicas, sometidas al expediente sancionador y efectivamente investigadas. Por último, la imputación efectuada en ambos momentos es la misma, aunque con referencia a periodos distintos e incluyendo también la central de Escombreras 5, la oferta a precios excesivos en los días o en los periodos a que se ha hecho referencia. Y aunque al circunscribir la imputación a sólo dos días el Servicio la formula como abuso de su posición de dominio "en un contexto de restricciones técnicas en la zona de Levante durante los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2.003, mediante la aplicación de precios abusivos", del pliego de concreción de hechos se deriva inequívocamente que el Servicio atribuía dicha conducta abusiva a la finalidad de que su oferta no resultase casada y las centrales de referencia fueran llamadas a solventar las restricciones técnicas.

Cabe concluir, por tanto, que ni hubo infracción del principio acusatorio ni se produjo la menor indefensión. En efecto, la operadora eléctrica sancionada conoció en todo momento la imputación efectuada, la cual versó tanto por parte del Servicio como por parte del Tribunal sobre las mismas conductas, y pudo alegar y defenderse antes y después de la modificación de la

imputación efectuada por el Tribunal y, en fin, sin que dicha modificación supusiera un cambio sobre las conductas investigadas en el expediente y sobre las que desde el comienzo de la instrucción había alegado. No hubo nada pues, en conclusión, de cambios sorpresivos de imputación ni de imposibilidad de modificar la defensa ante una nueva imputación, como sostiene la parte recurrente.

TERCERO.- Sobre el segundo motivo, relativo a la supuesta inexistencia de abuso de posición de dominio.

En el segundo motivo la mercantil recurrente aduce que se ha vulnerado el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 129.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la jurisprudencia aplicativa de ambos, en relación con el artículo 25 de la Constitución. En síntesis, lo que sostiene Iberdrola es que la aplicación de los preceptos legales señalados hubiera debido llevar a la Sala juzgadora a constatar la falta de acreditación de la infracción por la que se le ha sancionado. La parte no discute en casación la existencia de posición de dominio, y se dedica a argumentar la falta de abuso de dicha posición.

La Sala de instancia había considerado acreditada la conducta abusiva con las siguientes razones:

"OCTAVO.- Acreditada la posición de dominio de la recurrente en el referido mercado, ataca la actora en su siguiente motivo de impugnación la conclusión del TDC de que la misma abusó de esa posición de dominio. Considera la citada parte que en este caso existen dos imputaciones distintas: la formulada por el SDC, en el sentido de que se aplicaron precios abusivos; y la efectuada por el TDC, respecto a que se ofertaron al mercado diario de la energía precios encaminados, no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas.

Para el primer caso, entiende que es necesario, para comprobar el carácter excesivo de las ofertas realizadas por dicha interesada, efectuar una comparación entre los ingresos obtenidos por la misma para la resolución de las restricciones técnicas y los costes en que incurrió para resolverlas. Para el segundo

caso, se han de comparar, dado que únicamente constituiría abuso de posición de dominio si se produce en un momento en el que los precios del mercado diario son superiores a los costes de la central que se autoexcluye, los precios del mercado diario con los costes de la central en cuestión, puesto que en caso de que aquellos sean inferiores a éstos se trataría de una conducta legítima consistente en no producir perdiendo dinero. En cualquier caso, considera dicha parte que el TDC no ha acreditado la comisión por la misma de ninguna de esas dos conductas.

Contrariamente a lo alegado por la citada demandante, en este caso lo trascendental, para determinar si se ha producido ese abuso de posición de dominio, es comparar los precios ofertados en los periodos investigados, y objeto de la sanción, con los precios de esos mismos operadores en momentos anteriores, como arriba ya se expuso, con lo que se podrá determinar la independencia de la conducta de la recurrente y su carácter abusivo al ofertar precios por encima del nivel competitivo en un mercado en que ella tenía posición de dominio.

Efectivamente, en los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 de la resolución del TDC, elaborados con base a información del OMEL, se expone una comparación de estrategias y sus resultados en días homogéneos (la misma semana de años consecutivos) en las tres centrales, tanto en la oferta al diario como en la oferta a restricciones, que revelan de forma clara y sin lugar a dudas una actuación de la hoy recurrente concretada en que en un momento determinado (en los periodos sancionados) no generaba en el mercado diario pero sí en el de restricciones técnicas más el intradiario, cobrando precios muy superiores al del mercado competitivo, evidenciando claramente un abuso de su posición de dominio, pues no existían razones de precios o de previsiones de demanda de energía que justificaran ese cambio de pasar de oferta al diario al de oferta a restricciones: se generó la misma cantidad pero se obtuvieron ingresos muchos mayores.

Con esta conducta de precios en los términos expuestos se conseguiría, al hacer ofertas a un precio más elevado que el precio del mercado diario, que las centrales no generaran en ese mercado y se acudiera al mercado de restricciones técnicas (completado con el mercado intradiario, tal como se expuso en los anteriores fundamentos), obteniendo un precio por la energía generada por esas centrales de la recurrente muy superior (un 40% como mínimo) al del mercado diario, es decir, el que obtienen el resto de las centrales que actúan en el mercado competitivo.

El TDC, por lo tanto, a la hora de determinar esos precios excesivos ofertados por la interesada, ha tenido en cuenta, por un lado, el test que aplicó el SDC, dado que no existía información sobre los verdaderos costes de funcionamiento de las centrales de generación (ya sea en el mercado diario, ya sea en restricciones), el cual compara las diferencias entre los Costes Variables Revelados (en adelante CVR) y los precios ofertados por los generadores en el mercado diario, los cuales se tienen como el límite máximo de los costes variables porque si optaron por acudir al mercado diario, es porque los precios del diario cubrían sus costes variables; eliminando del cálculo los días que las centrales acudieron al mercado diario. Este Test del SDC refleja unos precios ofertados por la recurrente muy superiores a los CVR. Por otro lado, el segundo test realizado es comparar los precios de oferta de la interesada en los momentos anteriores en que

estuvo ofertando en el mercado diario, es decir, cuando su conducta era competitiva.

Frente a dicha acreditación de esos hechos por el TDC, tal como se desprende de los razonamientos recogidos en los anteriores fundamentos, sin embargo la recurrente no articula prueba suficiente que los desvirtúe, la cual, además, no ha aportado los costes de funcionamiento reales, no bastando con meras estimaciones. El propio TDC señala que los informes por dicha interesada aportados en absoluto recogen esos costes reales, y en este proceso no se ha practicado prueba en tal sentido.

En conclusión, y como correctamente resuelve el TDC, de toda la documentación recogida en autos se concluye el abuso de posición de dominio realizado por la actora en los periodos de tiempo a que se refiere tal acto sancionador, al haberse acreditado la delimitación del mercado relevante (Levante-Norte y Levante-Sur), su posición de dominio en ese mercado y la independencia de dicha interesada en su comportamiento, lo que supone cobrar un precio por la energía que generan esas tres centrales en cuestión muy superior al que percibían otros agentes en el mercado competitivo." (fundamento jurídico octavo)

Pues bien, en relación con la existencia o no del abuso de su posición dominante Iberdrola denuncia que existe una evidente confusión en sede administrativa, asumida por la Sala, entre dos imputaciones distintas, la aplicación de precios excesivos para la resolución de restricciones técnicas - calificación realizada por el Servicio- y la retirada de energía del mercado diario, conducta sancionada por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia. La Sentencia, por su parte, afirma la recurrente, califica el comportamiento abusivo como una aplicación de precios abusivos en el mercado diario con vistas a ser excluida de la casación y ser llamada para cubrir las restricciones técnicas. Para la determinación de los precios excesivos se siguió la metodología denominada de "costes variables revelados", consistente en observar el comportamiento de las unidades de generación en fechas anteriores y los precios que se formaron en el mercado diario, tomando dichos precios como el límite máximo de sus costes variables y asumiendo que si optaron por acudir al mercado diario es porque los precios del mismo cubrían sus costes variables. Entiende la parte que dicha metodología lleva a la conclusión de que todos los generadores deberían ofrecer la electricidad de sus instalaciones a los precios resultantes en los días en que sus ofertas resultaron casadas, que reflejarían precios "razonables"; de no ser así, se estaría ofreciendo un precio "abusivo". La Sala advierte -afirma Iberdrola- que frente a dicha acreditación de hechos, que

supondría únicamente que los precios ofrecidos por Iberdrola serían superiores a los costes variables revelados, la recurrente no habría articulado prueba suficiente que los desvirtuasen. Eso quiere decir, afirma la parte, que se interpreta el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia como norma que obliga a las empresas generadoras a mantener los precios resultantes de sus ofertas anteriores, de lo contrario se entendería que se ofrece la energía a precio excesivo sin desarrollar prueba alguna sobre los costes reales.

Con ello se desconoce, continua argumentado la recurrente, no solo que las empresas generadoras tienen, en un mercado liberalizado, libertad para la fijación de precios sin que puedan ser calificados de abusivos por el hecho de que puedan ser distintos a los aplicados en otro momento, sino que pueden, inclusive, presentar ofertas por debajo de sus costes, variables o totales, sin que por ello pueda ser acusada sin más prueba de un comportamiento abusivo. Todo ello acredita, concluye la parte recurrente, que la Sentencia conculca el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 129 de la Ley 30/1992, al interpretar dicho precepto de forma irrazonable y no previsible desde un punto de vista racional.

El motivo no puede prosperar. Llama la atención, en primer lugar, que la recurrente se esfuerce, tanto en la instancia como en el motivo de casación que se acaba de resumir, en evidenciar la supuesta irrazonabilidad de la prueba de presunciones de que sus ofertas de precios eran abusivas, cuando en su mano estaba mostrar los datos reales sobre sus costes y echar así por tierra las afirmaciones base de las imputaciones de que se ofrecía la electricidad a precios excesivos. A ello se refiere expresamente la Sala de instancia cuando afirma, en el fundamento de derecho que se ha reproducido, que frente a tales hechos considerados acreditados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la parte no articula prueba que los desvirtúe ni aporta los costes de funcionamiento reales, sin que haya propuesto prueba alguna en sede judicial (penúltimo párrafo).

Semejante comportamiento procesal constituye ya, sin duda, un poderoso argumento de convicción en contra de la tesis de la actora de que no ha habido abuso de su posición de dominio -que no discute en casación-, pues

frente a una determinada presunción que podía descartar -de ser cierta su tesis- con pruebas fehacientes obrantes en su poder (sus datos de costes reales), no los aporta sino que se limita a argumentar sobre la irrazonabilidad de la prueba de presunciones formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Dicho esto es preciso convenir que la referida única defensa esgrimida en este segundo motivo, la supuesta irrazonabilidad de la referida prueba de presunciones sobre la que se basarían tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sentencia recurrida, es manifiestamente inconsistente. En efecto, en ningún caso se deduce de la Sentencia impugnada, como afirma la parte, una supuesta intangibilidad de los precios que en cualquier momento anterior hubiera podido ofrecer la empresa sancionada. Lo que se sostiene, por el contrario, en la Sentencia recurrida es algo completamente diferente y es, en primer lugar, la constatación de que en un período prolongado de tiempo los precios ofrecidos para casación en el mercado diario eran por un lado, muy superiores a aquéllos en los que se estaba cerrando la casación en dicho periodo y, por otro lado, asimismo sensiblemente superiores a los ofrecidos con regularidad en períodos anteriores también prolongados; y en segundo lugar que también con regularidad y debido a su posición dominante en el sector territorial considerado, las centrales afectadas eran llamadas con habitualidad a resolver restricciones técnicas consistentes sobre todo en subtensión -problema para el que resulta necesaria la localización próxima (en la zona de dominio) de las centrales llamadas-. Como se ve, semejante comportamiento, que se acaba de volver a resumir, es notablemente más complejo que la mera afirmación de que se estaba reclamando sin más la imposibilidad de ofrecer precios más bajos que los requeridos con anterioridad.

En definitiva, el Tribunal de Defensa de la Competencia y luego la Sala se apoyan para considerar probada la conducta abusiva en las dos presunciones, estrechamente relacionadas entre si, a las que ya se ha hecho referencia, la relativa a la comparación con los precios ofrecidos con anterioridad por las centrales afectadas y la relativa a la comparación con los precios en que se venía casando la electricidad en los períodos afectados.

Sobre la admisibilidad de la prueba por presunciones, reiteradamente admitida por nuestra jurisprudencia, en la antes citada Sentencia de 21 de febrero de 2.006 (RC 1.451/2.002), dijimos:

"[...] **IV. Sobre la valoración del material probatorio.** Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1.996, 28 de enero de 1.999 y 6 de marzo de 2.000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Dado el marco restringido de la casación, limitado exclusivamente al control de la sentencia en sus aspectos estrictamente jurídicos, en la que no existe un motivo por error en la apreciación de la prueba, esta Sala no puede sustituir la valoración que del material probatorio ha hecho el Tribunal *a quo*, en relación con los elementos tenidos en cuenta para la fijación del hecho base, salvo que se observe que en la misma se ha producido un error o se ha incurrido en arbitrariedad. La función de la casación quedaría constreñida a la correcta aplicación del artículo 1.253 del Código Civil (hoy artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en orden a determinar si entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. [...]" (fundamento de derecho segundo)

Pues bien, en cuanto a la comparación con los precios ofrecidos con anterioridad la presunción consiste en que, salvo que se admitiera un comportamiento económicamente irracional de funcionar a pérdida, hay que suponer que dichos precios eran superiores a sus costes. En relación con esta presunción se habla de los costes variables revelados (CVR), en cuanto que dicho comportamiento indicaría los costes variables, dado que los costes de funcionamiento reales no son conocidos ni la parte los ha manifestado en ningún momento.

En cuanto a la comparación con los precios en que se casaba la electricidad en los períodos investigados, la presunción es bien sencilla y consiste en que si se ofrece la electricidad a precios manifiestamente superiores a los habituales en la casación del mercado diario en dicho período ello revela una inequívoca pretensión de que sus ofertas no resulten casadas, con la certeza, dada la posición dominante de las centrales de Iberdrola en la zona de que dichas centrales serían llamadas a solucionar las restricciones técnicas.

Dichas presunciones, perfectamente legítimas y aptas para considerar acreditada la conducta de la empresa investigada, podían haber sido destruidas con facilidad por parte de la recurrente con la simple aportación de los datos reales sobre sus costes de funcionamiento que ella misma echa en falta en la instrucción, por lo que al no hacerlo así ni en fase administrativa ni en sede judicial -en la que no solicitó prueba-, dichas presunciones adquieren una credibilidad suficiente como para considerar efectivamente probado que la oferta de electricidad en los períodos de que se trata por parte de las centrales afectadas era artificial y abusivamente elevada al objeto de no ser casada en el mercado diario y ser llamadas en fase de restricciones técnicas.

Cabe añadir que, en contra de lo que parece sostener la entidad sancionada, tal comportamiento de las referidas centrales no puede ser entendido como una conducta legítima en un mercado libre, la de ofrecer el producto al precio que entienda más conveniente a sus intereses o, simplemente, más rentable. En efecto, aun siendo el mercado de producción eléctrica un mercado liberalizado, ello no impide el hecho de que se encuentre también fuertemente regulado, dado el papel esencial de la electricidad para el sistema económico. En un mercado de tales características los sujetos del sistema no son plenamente libres, pues una actuación deliberadamente encaminada a obtener un alza o baja de los precios de la electricidad, que en otro mercado pudiera ser legítima, aquí supone inevitablemente una alteración de un mercado esencial para la economía nacional cuyos intereses requieren un funcionamiento no manipulado del mismo. En consecuencia, una actuación como la que ha sido considerada acreditada en la instancia, de elevación artificiosa de los precios ofrecidos al mercado para no ser casados y obtener una participación forzosa y a más alto precio en un mercado de solución de problemas técnicos es, en todo caso, una actuación fraudulenta para el

funcionamiento regular del conjunto del sistema tal como ha sido concebido por la Ley del Sector Eléctrico y normativa de desarrollo. Una actuación que redundaría en un encarecimiento de la electricidad al retirar voluntariamente y con una finalidad fraudulenta de la casación en el mercado diario a ciertas centrales productoras y en un incremento de los costes del sistema al tener éste que afrontar un mayor coste para solventar las restricciones técnicas.

Debemos añadir finalmente una consideración más y es la ausencia de toda explicación alternativa a la conducta sancionada por parte de la recurrente, fuera de la genérica apelación a su libertad de fijación de precios para ofrecer la electricidad al mercado diario. En efecto, en ningún caso explica en concreto Iberdrola las razones que le llevaron a ofrecer la electricidad a un precio más acorde con el mercado en los períodos en los que de manera regular su oferta era casada y más alto en los períodos en los que dichos precios no resultaban casados. En defecto de una explicación fundada a los costes reales cuya aportación dependía de la voluntad de la empresa expedientada, la única explicación verosímil es la pretensión de obtener unos rendimientos económicos superiores mediante la llamada a resolver los problemas de restricciones técnicas como consecuencia de una deliberada oferta de precios excesivos para la casación.

En todo caso y recordando lo dicho en relación con el primer motivo, debe insistirse en que no existe la confusión que la recurrente achaca tanto en sede administrativa como a la Sala juzgadora entre las dos imputaciones efectuadas por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, en ambas fases del procedimiento administrativo se barajaron los mismos precios ofrecidos por Iberdrola y la diferencia consistió en la diferente selección de los que había que considerar incluidos en el tipo infractor y en la calificación de la conducta, como se explicó en el fundamento de derecho anterior. Y tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia tienen perfectamente claro su diferente calificación respecto a la realizada por el servicio a partir de los mismos hechos, esto es, a partir de los precios excesivos a los que las centrales afectadas de Iberdrola ofrecieron la electricidad en los períodos de tiempo examinados, cuya única explicación verosímil era la deliberada pretensión de que no resultase casada y que las

centrales fuesen llamadas en la fase de restricciones técnicas y al alto precio al que había sido ofrecida la electricidad al mercado diario.

CUARTO.- Sobre el tercer motivo, relativo a la supuesta inversión de la carga de la prueba.

Entiende la parte recurrente que la Sentencia impugnada ha incurrido en una inversión de la carga de la prueba, con la consiguiente vulneración del derecho de defensa y de la presunción de inocencia garantizados en los artículos 24 de la Constitución y 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

El motivo no puede prosperar. No hay tal inversión de la carga de la prueba ni se producen las infracciones jurídicas que se derivarían de ello. La Sentencia declara probados hechos no discutidos, como lo son los precios a los que se ofreció la electricidad durante determinados períodos y la llamada habitual a restricciones técnicas al no resultar casadas tales ofertas y efectúa la presunción de que tales precios no resultaban justificados por los costes, habida cuenta de que en otros períodos se ofertaba la electricidad a precios inferiores y que tal comportamiento estaba encaminado a provocar la llamada a restricciones técnicas en zonas de posición dominante en la producción de electricidad. Y arguye que la parte tenía a su disposición la posibilidad de desvirtuar dicha presunción aportando sus propios datos reales de costes, lo que hubiera proporcionado una explicación alternativa a su comportamiento y que ni siquiera fue intentado.

Semejante argumentación se asienta sobre una prueba de presunciones, perfectamente admisible en el campo sancionador, según reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, luego no hay tal inversión de la carga de la prueba. Y el resto de la argumentación sólo trata de poner en evidencia que la parte no ha considerado oportuno desvirtuar dicha prueba de cargo mediante una concreta actividad probatoria a su plena disposición, y no que la empresa sancionada debiera acreditar su inocencia.

QUINTO.- Sobre los precedentes relativos a conductas similares.

Queda por último referirnos a los precedentes existentes sobre la materia en la jurisprudencia de esta Sala, al objeto de señalar que lo que ahora resolvemos no contradice la misma, debido a la diferente situación procesal de los asuntos que tuvimos ocasión de conocer entonces. En efecto, esta Sala tuvo ya ocasión de conocer asuntos semejantes en sus Sentencias de 27 de enero de 2.010 (recursos de casación 5.569 y 1.279/2.007) y de 28 de enero del mismo año (recurso de casación 1.278/2.007). En los tres casos el recurso de casación estaba interpuesto por el Abogado del Estado frente a sendas Sentencias de la Audiencia Nacional que habían estimado los respectivos recursos contencioso administrativos entablados por Unión Fenosa Generación, S.A., Iberdrola Generación, S.A. y Endesa Generación, S.A., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2.004 (dictada en el expediente 552/2002). En dicha resolución administrativa el Tribunal de Defensa de la Competencia había sancionado a las tres empresas generadoras de electricidad por abuso de posición dominante contraria al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por presentar ofertas a precios substancialmente superiores a sus costes variables revelados durante los días 19, 30 y 21 de noviembre de 2.001 en distintas zonas del territorio nacional en las que eran respectivamente dominantes (Cataluña y Andalucía en el caso de Endesa, Levante para Iberdrola y Centro para Unión Fenosa). La estimación de los respectivos recursos contencioso administrativos se fundó en la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, por lo que ninguna de las tres sentencias de instancia entró en las cuestiones de fondo planteadas por la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En sus tres Sentencias citadas esta Sala estimó los recursos de casación formulados por el Abogado del Estado por entender que no se había producido la caducidad del expediente sancionador y estimó a su vez los respectivos recursos contencioso administrativos *a quo* por razones de fondo. Dichas Sentencias partían -tomamos como referencia la recurrida en el recurso de casación 5.569/2.007- de que ofrecer unos precios elevados, arriesgándose la empresa generadora a quedar excluida de la casación, no es por sí mismo

una conducta restrictiva de la competencia (fundamento 5.A) y que la decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas no corresponde a las propias empresas sino al gestor técnico del sistema (fundamento 5.B).

Sobre tales premisas, encontrábamos que no había quedado demostrado "con el rigor exigible, que las empresas generadoras tuvieran la seguridad a ser llamadas a resolver restricciones", decisión que, como decimos, corresponde al gestor del sistema (fundamento 6.A). Señalábamos también que "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 2.001 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" (fundamento 6.B). Y poníamos de relieve que la conducta imputada presentaba "un marcado carácter esporádico o circunstancial, muy limitado en el tiempo" y "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" (fundamento 6.C).

Pues bien, en el presente asunto nos encontramos con diferencias substanciales que explican la decisión adoptada en los fundamentos anteriores frente a la adoptada en los citados precedentes. En efecto, aunque en ambos casos se trata de hechos y circunstancias similares, frente a las imputaciones efectuadas en el referido precedente en el que se circunscribían a un comportamiento esporádico (tres días), en el presente caso y tras la reconsideración efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la imputación quedó referida a amplios períodos de tiempo. Así las cosas, la Sentencia de instancia ahora recurrida, a diferencia de lo que ocurría en dichos casos, consideró plenamente acreditado y declaró probado que las ofertas de energía se realizaron durante dichos períodos de tiempo a precios manifiestamente excesivos en relación con los precios a los que se efectuaba la casación en dichos períodos en el mercado diario, así como que dada la posición de dominio que ostentaba Iberdrola en la zona donde se ubicaban las

centrales, que éstas fueron llamadas con regularidad en dichos períodos a resolver restricciones técnicas al precio superior al de casación en el mercado diario al que habían ofrecido la energía.

Con ello queda claro que nos encontramos ante una situación procesal radicalmente distinta. Y, tras descartar que el referido cambio en la imputación respecto a la formulada por el Servicio de Defensa de la Competencia fuese contrario al debido procedimiento sancionador o generase indefensión de cualquier tipo (fundamento segundo de esta Sentencia), esta Sala parte de los referidos comportamientos declarados probados en la Sentencia recurrida y entiende que, efectivamente, dichas conductas continuadas en el tiempo, de ofrecer la electricidad a un precio de muy improbable casación en el mercado diario, revelan un abuso de posición de dominio encaminado a provocar la llamada a restricciones técnicas tal como se ha descrito en el anterior fundamento de derecho tercero.

SEXTO.- Conclusiones y costas.

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos debemos desestimar los motivos en los que se funda el recurso y declarar que no ha lugar al recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción se imponen las costas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Generación, S.A.U. contra la sentencia de 2 de julio de 2.009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 166/2.007. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-José Manuel Sieira Míguez.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE ELABORA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Y AL QUE SE ADHIERE DOÑA MARÍA ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, A LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA 30 DE ENERO DE 2012 EN EL RECURSO DE CASACIÓN 5106/2009.

Lamento disentir, con todo el respeto, de la sentencia dictada en el presente recurso. Mi discrepancia se refiere, de modo particular, a la interpretación que la mayoría de la Sala realiza sobre el alcance de las facultades del Tribunal de Defensa de la Competencia para introducir una nueva "calificación" al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A continuación expongo las razones de mi discrepancia.

Primero.- La interpretación que propugna la mayoría de la Sala está recogida en uno de los párrafos del fundamento jurídico tercero de la sentencia frente a la que discrepo. La Sala "rechaza" de modo expreso que "la nueva calificación jurídica a la que se refiere el artículo 43 de la Ley sólo pueda consistir en una modificación del tipo sancionador, sin implicar la menor alteración de los hechos subsumidos en el tipo en cuestión". Por el contrario, admite que "[...] puede incluir una distinta selección o configuración de los hechos constitutivos de la infracción administrativa, siempre que se cumplan dos condiciones a las que ya nos hemos referido: que se trate de las mismas conductas investigadas y, por tanto, que los hechos ahora delimitados como constitutivos de la infracción se encuentren entre los que figuran en el expediente sancionador y que no se produzca indefensión material de ningún tipo."

La doctrina así expresada permite a la mayoría de la Sala dar por válida una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que, frente a un "pliego de concreción de hechos" (y a un ulterior informe propuesta en estos mismos términos) presentado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el que órgano instructor imputaba a la empresa expedientada hechos singulares tan sólo circunscritos a dos días y a dos centrales de producción de energía eléctrica, el órgano sancionador extiende los hechos a otra central y a períodos mucho más extensos, bien de un año entero (para dos centrales) o bien de ocho meses (para una tercera central). Esta ampliación de los hechos resulta admisible, según la mayoría de la Sala, en virtud de las facultades que al Tribunal de Defensa de la Competencia confiere el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues se trataba de "hechos investigados" en el curso del expediente administrativo sancionador y aquel tribunal puede incluir en su decisión final hechos distintos de los que consten en el pliego de cargos o en el informe-propuesta suscritos por el órgano instructor (el Servicio de Defensa de la Competencia).

Segundo.- A mi juicio esta "nueva" interpretación del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia no puede mantenerse. La califico de "nueva" porque hasta ahora la Sala ha venido interpretando el precepto legal en el sentido de que propicia una calificación jurídica de la conducta sujeta al expediente sancionador distinta de la que hubiera propuesto el instructor que

formula el pliego de cargos, pero respetando en todo caso el límite de que se trate de los mismos hechos contenidos en este último. Las cuatro sentencias que la mayoría de la Sala cita como expresivas de nuestra doctrina sobre las facultades del órgano instructor y del órgano sancionador en materia de defensa de la competencia no han desbordado aquel límite.

A) En las dos sentencias de 21 de febrero de 2006 (recursos 1451/2002 y 3754/2003) y en la de 8 de mayo de 2006 (recurso 6299/2001) se repite la misma fundamentación jurídica, pues se trataba de un expediente único frente a varias empresas que habían incurrido en una práctica concertada. Su lectura permite concluir que, en efecto, coincidían los hechos imputados en el pliego de cargo y los sancionados, sin que a ello afectase la aportación de nuevas pruebas:

"[...] El instructor del citado expediente había, en efecto, recogido una '[...] muestra de facturas de compra de leche a ganaderos de las empresas expedientadas' a la que se unieron después, tanto en la fase meramente instructora ante el Servicio como en la tramitada ante el Tribunal, otras facturas aportadas como prueba documental por las propias empresas lácteas y por la Unión de Pequeños Agricultores. La adición de nuevas facturas que corroboraban las conclusiones obtenidas del análisis de las que existían en el expediente no es sino una prueba más de las que legítimamente pueden acordarse, también de oficio, en el seno del procedimiento contradictorio desarrollado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que precisamente incorpora una fase de prueba.

Todo este material probatorio 'coincidente' giraba sobre los mismos elementos de hecho económicos por lo que tampoco cabe afirmar que el Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante la incorporación de las facturas o, en general, a través de su decisión sancionadora, introdujera nuevos hechos no contemplados en la fase de instrucción del expediente administrativo sobre los que asentar la tipificación de las conductas. En concreto, no es cierto que hubieran sido ajenos a dicha fase de instrucción los hechos relativos a las primas y descuentos comerciales. El pliego de concreción de hechos de infracción, de 22 de diciembre de 1993, ya había imputado a los expedientados la adopción de una recomendación -y su seguimiento por las 49 empresas lácteas que la pusieron en práctica- de determinados precios base y de porcentajes de bonificación y descuento según la calidad del producto."

B) En la sentencia de 27 de febrero de 2007 (recurso 7130/2005), también citada por la Sala de instancia, nos referimos asimismo a la facultad del

Tribunal de Defensa de la Competencia para recabar nuevas pruebas e incorporarlas a las actuaciones y subrayábamos que dicha aportación documental se había llevado a cabo en aquel supuesto sin que tampoco el Tribunal de Defensa de la Competencia "introdujera nuevos hechos" sobre los que asentar la tipificación de las conductas.

C) Esta misma interpretación preside el resto de sentencias en las que hasta ahora hemos analizado el artículo 43 de la Ley 16/1989 desde la que dictamos el 8 de marzo de 2002 (recurso de casación 7512/1995), a cuyo contenido se remiten algunas de las antes citadas. Constábamos en aquel caso que "[...] el Tribunal de Defensa de la Competencia no modificó los hechos contenidos en el informe-propuesta del instructor: basta leer el auto de 30 de abril de 1992, del que se dio traslado a las recurrentes, para comprobar que mediante él se limitó a introducir, como calificación jurídica alternativa (o adicional) de aquellos hechos, la posibilidad de que junto a la infracción de la letra a) del artículo 1.1 de la Ley, se hubiere cometido eventualmente la de la letra c) del mismo artículo y apartado, así como, en el caso de empresas constitutivas de un grupo social, la infracción del artículo 7 de la Ley."

Tercero.- El propio Tribunal de Defensa de la Competencia, tanto en resoluciones anteriores como en el auto de "nueva calificación" dictado en este procedimiento con fecha 25 de enero de 2007, se ha sentido vinculado por aquel límite. Bastaría, como muestra de su criterio, transcribir las afirmaciones que en su resolución de 28 de julio de 1994 (expediente 339/93) hizo a este respecto y que ulteriormente ha venido repitiendo si no fuera porque incluso en el auto dictado en el presente procedimiento expresamente lo reconoció.

Hizo en aquel auto las siguientes afirmaciones:

"[...] Este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que el Pliego de Concreción de Hechos es el momento crucial del procedimiento, y sólo los hechos que obran en él pueden ser tenidos en cuenta en la Resolución que recaiga en el expediente sancionador (Resoluciones del TDC de 10 de junio de 1993 -Fútbol por Televisión-; 31 de mayo de 1995 -Funerarias Madrid 1-; 20 de julio de 1996 -COAM-; 15 de octubre de 1996 -Máquinas Fotocopiadoras-; 26 de febrero de 1999 -Airtel/Telefónica- y 23

de mayo de 2000 -Autoescuelas Tenerife-). En el presente expediente, el SDC recoge los hechos de los que no puede separarse este Tribunal a la hora de enjuiciar la conducta de Iberdrola, que están recogidos en los siete apartados del capítulo del PCH dedicado a los hechos acreditados y a los que el Tribunal ha de acogerse necesariamente".

Las afirmaciones ulteriores del Tribunal de Defensa de la Competencia en el mismo auto tratando de explicar por qué se limita a "discrepar [...] en el capítulo de 'valoración jurídica' del PCH" y que sólo adopta un mero cambio de la "calificación jurídica, que no fáctica" no pasan de ser un intento baldío pues, como la propia mayoría de la Sala llega a reconocer (y a justificar) en la presente sentencia, lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia hace en su auto de 25 de enero de 2007 va más allá de una nueva calificación y supone realmente una nueva "selección" de hechos, distintos de los que constituían la imputación reflejada en el pliego.

Cuarto.- La interpretación del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia que la mayoría de la Sala adopta en la sentencia de la que disiento desfigura el concepto, usual en derecho sancionador y punitivo en general, de "calificación", término que sólo puede venir referido a una diferente subsunción o conceptualización jurídica de hechos ya prefijados, en este caso en el pliego suscrito por el órgano instructor. Dicho pliego (que precisamente se denomina "de concreción de hechos") y el ulterior informe-propuesta marcan y limitan la conducta fáctica objeto de acusación de entre aquellas que hubieran sido o podido ser "investigadas". La "nueva calificación" del artículo 43 no puede equivaler, a mi juicio, a una "ampliación" de las conductas eventualmente sancionables, distintas de aquellas específicas por las que se formuló la acusación, sino a una mera reconsideración jurídica de estas últimas.

La tesis de la mayoría de la Sala es que -salvada la audiencia del interesado- cualquiera de las conductas "investigadas", aunque no aparezca como objeto de imputación en el pliego de concreción de hechos, puede ser "traída" al procedimiento por el órgano decisor mediante la facultad que le otorga el tan citado artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia. En mi opinión, por el contrario, ello no es posible y constituye, además, una quiebra o distorsión grave del procedimiento sancionador de la Ley 16/1989 en su conjunto. Obsérvese que la introducción de una "nueva calificación" por parte

del Tribunal de Defensa de la Competencia está prevista, dentro del esquema procedimental de aquella Ley (sección segunda del capítulo primero del Título III) como último trámite una vez que ya ha concluido la fase probatoria del expediente (artículo 40) así como la vista o conclusiones (artículo 41) y las diligencias para mejor proveer (artículo 42). Es en el momento final ("al dictar resolución", afirma expresamente el artículo 43) cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia puede "estimar" que la cuestión sometida su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio al ser susceptible de "otra" calificación, a cuyo efecto debe oír al instructor y someter su "nueva calificación" a los interesados para que éstos hagan alegaciones en quince días: durante todo ese tiempo se suspende el "plazo para resolver" y al término de las alegaciones el Tribunal de Defensa de la Competencia, sin más, ha de dictar resolución.

A mi juicio es difícilmente compatible con este esquema procedimental (salvo que, repito, se distorsione gravemente) admitir que el Tribunal de Defensa de la Competencia puede, en aquella fase final, reabrir el debate no ya sobre la calificación alternativa de los hechos sancionables sino sobre la ampliación de éstos respecto de los que constaban en el pliego acusatorio. Por muy "investigados" que estuvieran aquellos hechos, el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede "seleccionar" a su voluntad los que el instructor excluyó de los que, como sancionables, recogía el pliego en el que había concretado cuál era la conducta singularmente imputada.

Quinto.- Resulta, además, que la admisión de esta posibilidad de ampliación (que no recalificación) de hechos puede perturbar gravemente el derecho de defensa del expedientado. Las pruebas o diligencias para mejor proveer previstas en los artículos 40 a 42 de la Ley 16/1989 se han de referir, en buena lógica, a los hechos que, en cuanto sancionables, constan en el pliego de concreción y en el informe propuesta remitido por el Servicio al Tribunal de Defensa de la Competencia, pues sólo respecto de aquéllos era necesario hasta entonces defenderse. El principio de contradicción permite al expedientado utilizar los medios de prueba a su alcance para responder a la acusación concretada en determinadas conductas y no en otras. Hasta el momento final previo al artículo 43 ("al dictar resolución") el debate no puede sino girar sobre

los hechos del pliego y del ulterior informe-propuesta, que marcan la acusación, y a ellos han de venir referidos, en paralelo, las diligencias de prueba.

Pues bien, si el Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera, al amparo del artículo 43 de la Ley 16/1989 y en el momento final de su actuación, introducir en el debate procesal hechos distintos (aun previamente "investigados") de los que constan en el pliego acusatorio, la estrategia de defensa del expedientado tendría que ser reorientada para permitirle aportar, a su vez, nuevas pruebas en relación con estos últimos hechos, respecto de los que antes no había tenido necesidad de defenderse por la simple razón de que nadie le había acusado. Y ello significaría tanto como reabrir de nuevo la fase probatoria del expediente, reapertura que ni siquiera está autorizada por el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia pues, como ya quedado expuesto, dicho precepto se limita a recabar del expedientado meras "alegaciones" sobre la "nueva calificación" para, sin más, dictar acto seguido la resolución que proceda.

En el caso de autos, la supuesta "nueva calificación" alteraba en tal grado la "selección" de hechos, respecto de los que constituían la acusación, que la expedientada interesó al presentar sus alegaciones en el trámite del artículo 43 (alegaciones que, repito, están pensadas tan sólo para opinar sobre la subsunción alternativa de los mismos hechos) que el Tribunal de Defensa de la Competencia acordara la práctica de nuevas pruebas, pusiera de manifiesto el resultado de aquéllas y celebrase nueva vista o conclusiones para valorarlas, todo ello en relación con los hechos en que consistía la nueva acusación. El Tribunal de Defensa de la Competencia no accedió a estas peticiones, aunque admitió los documentos adjuntos al escrito de alegaciones.

Sexto.- Las consideraciones precedentes permiten concluir, a mi juicio, que la sentencia de la que discrepo no interpreta adecuadamente, ni aplica en debida forma al caso de autos, el artículo 43 de la Ley 16/1989.

La tesis de la Sala en su opinión mayoritaria puede, además, suscitar ciertas reservas desde la perspectiva constitucional si se atiende a la doctrina

del Tribunal Constitucional formulada desde su sentencia 18/1981 y expresada, entre otras, en la sentencia constitucional 17/2009 en la que afirmó que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza.

Más en concreto, la tesis de la mayoría de la Sala pudiera tener dificultades para cohonestarse con las afirmaciones que el Tribunal Constitucional ha hecho en su reciente sentencia 145/2011, de 26 de septiembre, sobre "la relevante función que en el seno del procedimiento sancionador cumple la propuesta de resolución" y cómo en ella se han de contener "[...] 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 y, por otra, la calificación de la falta y sus consecuencias punitivas (STC 160/1994, de 23 de mayo, FJ 3)".

Las exigencias de "inalterabilidad de los hechos" se respetan con la interpretación hasta ahora constante del artículo 43 de la Ley 16/1989. No ocurre así, por el contrario, con la interpretación que de él ha hecho la Sala en su voto mayoritario, por lo que, a mi parecer, debió ser estimado el primer motivo de recurso y casada la sentencia de instancia.

Séptimo.- Casada la sentencia, la anulación del acto impugnado era obligada en la parte que se refería a los hechos no incorporados como sancionables al pliego acusatorio. Y procedía igualmente, por las razones que esta misma Sala expuso en su sentencias de 27 de enero de 2010 (recursos 12078/2007 y 5569/2010) y 28 de enero de 2010 (recurso 1278/2007), al anular los actos entonces impugnados en cuanto sancionaban como abuso de posición de dominio determinadas conductas esporádicas de los generadores de electricidad que eran llamados a resolver las restricciones técnicas bajo la vigencia del Real Decreto 2351/2004, la estimación de la demanda.

Dado en Madrid, a treinta de enero de dos mil doce.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con su voto particular, en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-