

Id. Cendoj: 28079130032010100029
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 27/01/2010
Nº de Recurso: 5569/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Abuso de posición dominante.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil diez.

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 5569/2007 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 23 de mayo de 2007 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 360/2004, sobre sanción por abuso de posición dominante; es parte recurrida "ENDESA GENERACIÓN, S.A.", representada por la Procuradora D^a. María Rosario Victoria Bolívar, "IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.", representada por la Procuradora D^a. Victoria Brualla Gómez de la Torre, y "UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A.", representada por la Procuradora D^a. Pilar Iribarren Cavallé.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Unión Fenosa Generación, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 360/2004 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004, dictada en el expediente 552/02 (2338/01 del Servicio de Defensa de la Competencia) que acordó:

"Primero.- Desestimar la petición formulada por Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. para que le sea reconocida la condición de interesada en el expediente sancionador n.º 552/02 y ordenar que, mediante la reproducción certificada de los fundamentos de derecho dictados a tal fin en esta Resolución, le sea comunicado a la solicitante.

Segundo.- Desestimar la solicitud de Endesa Generación S.A. para que sea declarada la caducidad del expediente sancionador n.º 552/02 y se proceda al archivo de las

actuaciones.

Tercero.- Declarar a Endesa Generación S.A. autora y responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de suministro eléctrico, en un contexto de restricciones técnicas, de las zonas de Cataluña y Andalucía, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la presentación de ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables revelados, con objeto de que fueran excluidas del proceso de casación del mercado diario, y sabiendo que su oferta sería, en todo caso, necesaria para satisfacer la demanda en el mercado ulterior de suministro eléctrico para resolver restricciones técnicas.

Cuarto.- Declarar a Iberdrola Generación S.A. autora y responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico, en un contexto de restricciones técnicas, de la zona de Levante, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la presentación de ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables revelados, con objeto de que fueran excluidas del proceso de casación del mercado diario, y sabiendo que su oferta sería, en todo caso, necesaria para satisfacer la demanda en el mercado ulterior de suministro eléctrico para resolver restricciones técnicas.

Quinto.- Declarar a Unión Fenosa Generación S.A. responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico, en un contexto de restricciones técnicas, de la zona Centro, a través de la central Térmica Aceca cuya gestión tenía a su cargo, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la presentación de ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables revelados, con objeto de que fueran excluidas del proceso de casación del mercado diario, y sabiendo que su oferta sería, en todo caso, necesaria para satisfacer la demanda en el mercado ulterior de suministro eléctrico para resolver restricciones técnicas.

Sexto.- Intimar a Endesa Generación S.A., Iberdrola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. para que se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.

Séptimo.- Ordenar a Endesa Generación S.A., Iberdrola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. que cada una de ellas publique, a su costa y en el plazo de dos meses, la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en la sección económica de un diario nacional de información general.

Octavo.- Imponer a cada una de las empresas Endesa Generación S.A., Iberdrola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. una multa sancionadora de 901.518,16 euros.

Noveno.- Imponer a cada una de las empresas Endesa Generación S.A., Iberdrola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. una multa coercitiva de 600 euros, por cada día de retraso en el cumplimiento de su respectiva obligación de publicación.

Décimo.- Las empresas Endesa Generación S.A., Iberdrola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. justificarán ante el Servicio el cumplimiento de lo ordenado en los puntos séptimo y octavo, en los quince días siguientes al vencimiento del plazo de

cada obligación."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 18 de mayo de 2005, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "estimando el presente recurso, declarando que la resolución impugnada es contraria a Derecho y, por tanto, sin valor ni efecto; condenando a la Administración demandada a estar y pasar por esta resolución y a adoptar las medidas necesarias para su pleno cumplimiento".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 31 de octubre de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- "Iberdrola Generación, S.A." contestó a la demanda el 24 de enero de 2006 y suplicó sentencia "en la que, para el caso de que no se anule la sanción recurrida por Unión Fenosa Generación, S.A., declare la exclusiva responsabilidad de esta última, sin que Iberdrola Generación, S.A. tenga que compartirla, en función de su copropiedad sobre la Central Térmica ACECA".

Quinto.- "Endesa Generación, S.A." se abstuvo de presentar escrito de contestación a la demanda.

Sexto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimamos el recurso interpuesto y anulamos el acto impugnado. Sin costas".

Séptimo.- Con fecha 14 de enero de 2008 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 5569/2007 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional : Único: "Infracción del art. 56.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, según la redacción dada a dicho precepto por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre".

Octavo.- "Iberdrola Generación, S.A." presentó con fecha 24 de octubre de 2008 escrito en el que "da por reproducidos, con remisión a los mismos, los razonamientos contrarios al presente recurso de casación y que expuestos quedaron en nuestro escrito de oposición evacuado en el recurso de casación 1279/07".

Noveno.- "Endesa Generación, S.A." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó sentencia "desestimando el recurso de casación".

Décimo.- "Unión Fenosa Generación, S.A." se opuso igualmente al recurso y suplicó su desestimación.

Undécimo.- Por providencia de 29 de septiembre de 2009 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 13 de enero de 2010, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 23 de mayo de 2007, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Unión Fenosa Generación, S.A." y anuló la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004, dictada en el expediente 552/02 (2338/01 del Servicio de Defensa de la Competencia) que le había impuesto determinadas sanciones por abuso de posición dominante en el mercado de generación de electricidad, en la fase de solución de restricciones técnicas.

Segundo.- La Sala de instancia mantuvo en esta sentencia el criterio que ya había expuesto en otra precedente (la de 3 de noviembre de 2006) al estimar el recurso contencioso-administrativo número 344/2004, interpuesto por "Iberdrola Generación, S.A." contra el mismo acuerdo sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004. Su anulación se fundó entonces, como ahora, en la caducidad del expediente sancionador.

La secuencia de hechos determinantes de dicha declaración de nulidad fue la siguiente, a juicio del tribunal de instancia:

"[...]1) El 8 de noviembre de 2002 se recibió en el TDC procedente del SDC y se admitió a trámite por providencia de 21 de noviembre siguiente.

2) El 7 de julio de 2004 se dictó la Resolución que fue notificada el día 8 siguiente, habiéndose interrumpido el plazo por decisión del TDC en dos ocasiones:

a) Por providencia de 31 de marzo de 2003 con efectos de 18 de marzo, por la interposición de un recurso de reposición contra el Auto sobre prueba y vista, levantada el 11 de septiembre de 2003 con efectos del día 4 anterior.

b) Por la práctica de diligencias para mejor proveer, el 16 de abril de 2004 y se mantuvo hasta el 23 de junio siguiente."

La Sala resolvió que "[...] en relación a la primera interrupción, debe concluirse que no sólo el supuesto no se encuentra recogido en el art. 56.2 de la LDC, norma que prevé los casos en los que procede la interrupción, sino que el art. 44 de la misma ley señala que ese tipo de recursos no debe ser admitido a trámite, argumento que fue empleado por el TDC para inadmitir el recurso por Acuerdo de 4 de septiembre de 2003. Por todo ello, la interrupción acordada el 31 de marzo de 2003, que tuvo una duración de 5 meses y 18 días, es contraria a derecho por lo que debió declararse la caducidad del expediente una vez transcurridos 12 meses desde su admisión a trámite más 30 días, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 56.2 de la LDC."

Tercero.- El Abogado del Estado formula un único motivo de casación, sobre la base del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en el que denuncia la infracción del artículo 56.2 de la Ley 16/1989, de 17

de julio, de Defensa de la Competencia , según la redacción dada a dicho precepto por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre

El motivo debe ser acogido pues fue pertinente, y conforme a Derecho, la interrupción del plazo acordada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su providencia de 31 de marzo de 2003. En ella, como ha quedado expuesto, dicho tribunal resolvió "declarar interrumpido el plazo máximo que para dictar Resolución establece el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia".

En efecto, el escrito que "Endesa Generación, S.A." había presentado el día 17 de marzo de 2003, si ciertamente adoptaba la forma de un recurso potestativo de reposición contra el auto sobre prueba y vista que el Tribunal de Defensa de la Competencia había dictado el 25 de febrero del mismo año, en realidad suscitaba unas cuestiones de una cierta complejidad, relativas al carácter confidencial de determinados documentos, a su utilización en el seno del expediente sancionador y a los problemas que implicaba su conocimiento por terceros. Bien podía ser considerado, sin perjuicio de su nominal carácter de recurso de reposición, como escrito mediante el que se suscitaba un incidente requerido de pronunciamiento específico en una materia (la confidencialidad de determinados documentos en el seno de los expedientes sancionadores con pluralidad de partes) respecto de la cual las previsiones legales no eran claras.

Precisamente por esta razón el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó en su providencia de 31 de marzo de 2003 que era procedente declarar interrumpido el plazo conforme a lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia , precepto que, añadía, "también establece la interrupción de dicho plazo cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley (la de RJAP y del PAC) prevea la suspensión". Y es que, en realidad, aunque el debate procesal se haya centrado más en la eficacia interruptiva de la interposición de recursos, también prevista en aquel artículo y apartado de la Ley 16/1989 , lo relevante del recurso de reposición presentado en este caso era su doble naturaleza, por un lado impugnadora de un acto previo y a la vez medio instrumental para suscitar una cuestión incidental en el seno del periodo probatorio de un procedimiento sancionador. No se rompe la congruencia si atendemos prioritariamente a esta segunda perspectiva, presente en el texto de la providencia cuya virtualidad para interrumpir el plazo máximo de resolución es puesta en duda.

Es cierto que en la Ley 30/1992 no existía un precepto singular que dispusiera la suspensión de los plazos ante solicitudes relativas a las cuestiones de confidencialidad de documentos. Pero se trata de una laguna legal consecutiva a la falta de previsiones generales sobre el tratamiento que ha de dispensarse a aquellas solicitudes, requeridas de un análisis del contenido de los documentos calificados de confidenciales a fin de preservar a la vez los intereses de todas las partes personadas en un expediente sancionador y, simultáneamente, respetar la reserva con que han de ser tratados documentos en los que se contengan datos empresariales que no han de ser puestos en conocimiento de terceros. Es lógico que, ante períodos de prueba limitados temporalmente, se suspendan las actuaciones correspondientes para examinar con el rigor debido las cuestiones relativas a la confidencialidad de los documentos.

Aun cuando ello por sí sólo no pudiera obstar a la caducidad, no deja de ser significativo que la declaración de que el plazo había quedado interrumpido fuera, una

vez notificada a los interesados, consentida por todos ellos. Las empresas personadas dieron, en efecto, su aquiescencia sin poner reparos a la decisión adoptada en este sentido por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

La decisión misma era lógica, tenía cobertura normativa, respondía al interés de una de las partes en que sus derechos a la confidencialidad fueran respetados y se adoptó en un primer momento como respuesta jurídicamente correcta frente a lo que se presentaba en realidad como una cuestión incidental en el seno del procedimiento sancionador. De hecho, su tramitación generaría incluso un expediente separado, con un número de tramitación propio, de cuyo resultado se dedujo ulteriormente testimonio para incorporarlo al expediente sancionador propiamente dicho.

La providencia de 31 de marzo de 2003 fue, pues, válida y tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo máximo en el que había de dictarse la resolución final. El procedimiento sancionador, en suma, no había caducado cuando esta última fue adoptada. La caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

Todo lo cual determinará la casación de la sentencia y el deber de esta Sala de resolver lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado del debate en la instancia.

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

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

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

A) Según el régimen normativo vigente en noviembre de 2001, las empresas

productoras de energía eléctrica que participaban en el mercado liberalizado estaban obligadas a que su oferta diaria fuera única para cada central y cada hora del día posterior. La misma oferta presentada al mercado diario se utilizaba también para la hipótesis de que fuera puesto en marcha el sistema de solución de restricciones técnicas.

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

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

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

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

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

ya hemos indicado, reglamentariamente coincidían hasta el año 2004 con las aplicables a la gestión de restricciones técnicas.

B) La decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas no corresponde a las empresas generadoras sino al gestor técnico del sistema ("Red Eléctrica de España, S.A.") que, a estos efectos, cumple una función que bien pudiera calificarse, materialmente, de naturaleza coactiva, esto es administrativa.

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

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

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

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

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

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

no corresponde al operador sino al gestor del sistema. Es cierto, sin embargo, que en determinadas situaciones (y los instrumentos de predicción pueden ser más o menos afinados) habrá una mayor probabilidad de que ciertas centrales vayan a ser llamadas al despacho de restricciones.

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

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

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

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

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

En este escenario ocasional, un comportamiento de las empresas generadoras exento del carácter concertado y limitado a unas ofertas de pocas centrales, de entre las muchas que integran el parque de generación, y para sólo tres días de un año, hace más difícil atribuir las decisiones -independientes y no concertadas- de cada una de

aquellas a un designio singular de abuso de su posición de dominio. Ya dijimos que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia descartó que las empresas eléctricas se hubieran puesto de acuerdo entre sí para elevar artificialmente sus precios de oferta o que hubieran incurrido en una práctica conscientemente paralela. Si esto era así, resulta difícil concluir que la "coincidencia" en el incremento de precios en tan sólo tres días del año 2001 fuera ajena a circunstancias del propio mercado y sólo atribuible a abusos simultáneos, y desvinculados entre sí, de la posición de dominio de cada una de aquellas.

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

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

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

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

"al no disponer esta Comisión de datos contrastados de los rendimientos actuales de las centrales térmicas ni de los costes reales de suministro de combustible y de operación y mantenimiento en general".

El Tribunal de Defensa de la Competencia, a la vista de todo lo actuado, afirmará (apartado 50 de su decisión) que el debate planteado por las empresas productoras respecto a la dificultad de establecer una oferta única para las dos modalidades de despacho (casación en el mercado diario o solución de restricciones técnicas) "desenfoca lo que es crucial para resolver el caso". La cuestión clave era, a su juicio, decidir si aquéllas habían aplicado precios "excesivos". Y concluye que, en efecto, dichas empresas "decidieron ofertar en el mercado diario a unos precios mucho más elevados de los que el sistema prevé". En el apartado 53 de su resolución había igualmente considerado que se falseaba el proceso de formación de los precios cuando "las ofertas se presentaran a unos precios superiores a los previstos por el sistema (costes variables)" de modo que "cupiera esperar" su no casación en el mercado diario y su ulterior llamamiento a la solución de restricciones técnicas.

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

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

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

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

Ya hemos dicho que, por un lado, los modelos predictivos no permitían dicha seguridad. Apreciamos asimismo, por otro lado y sobre todo, que los precios de las centrales objeto de imputación se correspondían con los ofertados en otras ocasiones para el mismo escenario, sin desviarse sensiblemente de aquellos con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2001. A la vista de los informes aportados en el curso del expediente no puede afirmarse, con la seguridad necesaria, que los costes correspondientes a las unidades de producción (y a otras análogas en zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio)

fueran tales que las ofertas presentadas durante los tres días del mes de noviembre del año 2001 pudieran ser calificadas de intencionadamente exorbitantes y dirigidas al sólo fin de asegurar, sin género de dudas, la autoexclusión en el mercado diario.

Consideramos en síntesis, por estas y por las demás las razones expuestas en el ya citado fundamento jurídico sexto de la sentencia, que ha lugar, tras la estimación del recurso de casación que interpuso el Abogado del Estado, a la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado.

Décimo.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 5569/2007 interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2007 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 360 de 2004, sentencia que casamos..

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 360/2004 interpuesto por "Unión Fenosa Generación, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004, dictada en el expediente 552/02 (2338/01 del Servicio de Defensa de la Competencia), resolución que anulamos.

Tercero.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.