



Roj: **SAN 5037/2024 - ECLI:ES:AN:2024:5037**

Id Cendoj: **28079230042024100472**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/09/2024**

Nº de Recurso: **650/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000650/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

09873/2019

Demandante:

ENDESA GENERACIÓN S.A.

Procurador:

MARIA DEL ROSARIO VICTORIA BOLIVAR

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Pre sidente:

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU



D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil veinticuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 650/2019 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la mercantil **ENDESA GENERACIÓN S.A.**, representada por la Procuradora D^a María del Rosario Victoria Bolivar, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 14 de mayo de 2019, por la que se resuelve el expediente sancionador NUM000 .

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la parte recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 12 de julio de 2019 contra la resolución antes mencionada; fue admitido a trámite por decreto de fecha 15 de julio de 2019 y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.-Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda a través de escrito presentado el 1 de octubre de 2019, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

<< (...) dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso:

1. Con carácter principal:

a) Declare que la "Resolución del procedimiento sancionador incoado a la sociedad ENDESA GENERACIÓN, S.A., por la realización de ofertas anormales o desproporcionadas para la alteración del despacho de generación", dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el día 14 de mayo de 2019 en el Expediente NUM000 , no es conforme a Derecho y la anule.

b) Reconozca el derecho de mi representada a la devolución del importe íntegro abonado en cumplimiento de dicha Resolución, con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono hasta la fecha en la que se proceda a su devolución a mi representada.

2. Subsidiariamente respecto de las pretensiones deducidas en el número 1:

a) Declare que la citada Resolución de la CNMC de 14 de mayo de 2019, en cuanto declara que mi representada ha cometido dos infracciones, y no una, imponiéndole en consecuencia dos sanciones, y no una, no es conforme a Derecho y la anule.

b) Reconozca el derecho de mi representada a que la CNMC le imponga una sola sanción, y no dos, con la consiguiente reducción del importe global que ha de abonar en cumplimiento de la Resolución.

c) Reconozca el derecho de mi representada a la devolución del importe abonado en cumplimiento de dicha Resolución que exceda del importe reducido en virtud de lo pretendido en la letra b), con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono hasta la fecha en la que se proceda a su devolución a mi representada.

3. Subsidiariamente respecto de las pretensiones deducidas en el número 1:

a) Declare que la citada Resolución de la CNMC de 14 de mayo de 2019, en cuanto fija la cuantía de las sanciones en un total de 5.800.000 euros, no es conforme a Derecho y la anule.

b) Reconozca el derecho de mi representada a que la sanción se reduzca al importe mínimo legalmente previsto para las infracciones graves.

c) Reconozca el derecho de mi representada a la devolución del importe abonado en cumplimiento de dicha Resolución que exceda del importe reducido en virtud de lo pretendido en la letra b), con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono hasta la fecha en la que se proceda a su devolución a mi representada.

4. Condene a la Administración a la devolución a mi representada de los importes que procedan conforme a lo pretendido en los números 1.b), 2.c) y 3.c) precedentes.

5. Condene en costas a la Administración demandada.>>.

TERCERO.-La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 19 de noviembre de 2019, en el que tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.



CUARTO.-Practicada la prueba propuesta, presentadas por las partes conclusiones sucintas, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.-Se señaló para votación y fallo el día 8 de mayo de 2024, fecha en que tuvo lugar.

SEXTO. -La cuantía del recurso se ha fijado en 5.800.000 euros.

SÉPTIMO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo legal para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos en la sección.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Santos Honorio De Castro García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso jurisdiccional la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 14 de mayo de 2019, por la que se resuelve el expediente sancionador NUM000 incoado a ENDESA GENERACIÓN, S.A., declarándola responsable de una infracción grave prevista en el art. 65 . 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, "LSE"), consistente en la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados al objeto de alterar indebidamente el despacho de generación, por las ofertas realizadas al mercado diario por las unidades de generación Besós 3 y Besós 5 de la central de ciclo combinado de Besós, durante el período comprendido entre octubre de 2016 y enero de 2017, y se le impone una multa de 2.500.000 euros por la infracción cometida en relación con las ofertas del grupo Besós 3 y una de multa de 3.300.000 euros por la infracción cometida respecto de las ofertas del grupo Besós 5, ascendiendo el importe total a 5.800.000 euros.

SEGUNDO.-A los efectos de dictar la presente sentencia se consideran relevantes los siguientes hechos que resultan del expediente y de la propia resolución recurrida, que asimismo se glosan en la contestación a la demanda:

1º) A tenor de la información contenida en las bases de datos de la CNMC procedente del Operador del Mercado Ibérico-Polo Español S.A. (OMIE) y del Operador del Sistema (Red Eléctrica de España S.A.), se detectaron en el funcionamiento del mercado peninsular mayorista al contado de energía eléctrica, durante el periodo octubre 2016-enero 2017, las circunstancias que se describen a continuación.

2º) A partir del mes de octubre de 2016, como consecuencia del incremento de la demanda exterior debido a las indisponibilidades de las centrales nucleares francesas y la reducción de la aportación de energías renovables como la eólica o la hidráulica, se produjo un aumento continuado del precio del mercado diario; ante esta circunstancia, la mayoría de las centrales de carbón y una buena parte de los ciclos combinados fueron despachadas en el Mercado diario.

3º) Mientras que la mayoría de centrales de ciclo combinado que funcionaron durante este periodo fueron despachadas en mercado diario, los grupos Besós 3 y Besós 5 de la correspondiente central de ciclo combinado, titularidad de ENDESA GENERACIÓN, S.A., no resultaron despachados aun siendo de similares características a los anteriores. Al analizarse la programación de estos grupos diariamente y por segmentos del mercado, se puso de manifiesto la programación habitual de los mismos en el proceso de resolución de restricciones técnicas, posterior al mercado diario, que se lleva a cabo por el OS para garantizar la operación del sistema.

4º) Según la información disponible en la zona de Cataluña, donde se encuentra esta central de ciclo combinado, existían problemas de seguridad de suministro estructural, resultando necesaria la programación de estos grupos para el control de tensión y cobertura de la demanda. Al no resultar despachados estos grupos en el mercado diario, el OS necesitó programar de forma sistemática a estos grupos en el proceso de resolución de restricciones técnicas con el fin de garantizar la seguridad del sistema.

5º) Al despacharse estos grupos en el mencionado proceso de resolución de restricciones técnicas, mercado menos competitivo que el mercado diario, los ingresos obtenidos fueron superiores a los que resultaban de los despachados en el mercado diario. Esto es, los grupos consiguieron no resultar despachados en el mercado diario en el periodo mencionado, pese a tratarse de un periodo de precios elevados, al presentar unas ofertas elevadas en ese mercado.

6º) Dado que no existía justificación aparente para que esos grupos de la central presentasen unas ofertas tan elevadas, se formuló un requerimiento de información sobre el precio del combustible que empleaban, solicitando a los principales operadores que actúan en el sistema gasista y eléctrico el precio asociado a los contratos de aprovisionamiento de gas natural en el mercado internacional con destino a su entrega en España



en el periodo contemplado (octubre 2016 a febrero 2017), así como el precio de las operaciones de compra y venta realizadas dentro del sistema gasista español (mercado OTC).

7º) Cumplimentado con el mencionado requerimiento, se realizó una nueva petición de información a ENDESA ENERGÍA, S.A., sobre los clientes de suministro de gas, sus condiciones de interrumpibilidad y su aplicación en el periodo septiembre 2016-febrero 2017. En contestación al mismo la citada empresa aporta la información correspondiente.

8º) A la vista de todo lo anterior, la CNMC inicia la tramitación de un procedimiento sancionador, que termina con la resolución impugnada en el actual proceso.

9º) En los hechos probados consignados en la resolución se destaca que las ofertas presentadas por las centrales térmicas de ciclo combinado de Besós 3 y Besós 5 de ENDESA GENERACIÓN, durante gran parte del periodo octubre 2016-enero 2017, se situaron entre las más altas de las presentadas por el resto de titulares de aquellos ciclos combinados que cuentan con similares características de contratación, según así se desprende de la información procedente de OMIE y del OS incorporada al expediente (folios 324 a 327 del expediente) -advirtiéndose en el escrito de contestación a la demanda que estos hechos no han sido negados en los diferentes escritos de alegaciones presentados en el expediente-.

Igualmente, los citados grupos Besós 3 y Besós 5 no resultaron programados en el mercado diario en una serie de días dentro del periodo octubre de 2016 - enero de 2017, sino en el procedimiento por restricciones técnicas, mientras que otras centrales de ciclo combinado pertenecientes tanto a ENDESA GENERACIÓN, S.A. como a otras sociedades fueron programadas en dicho mercado diario en esos mismos periodos, teniendo incluso algunas de ellas unos costes marginales más elevados.

La sociedad ENDESA GENERACIÓN, S.A. presentó unas ofertas de producción en el mercado diario por los grupos Besós 3 y Besós 5, durante varios días del periodo indicado, a un precio superior a sus costes marginales (gráficos 6 y 7 de la Resolución). En muchos de los días del periodo analizado (47 días) estos grupos no resultaron despachados en el mercado diario, a pesar de que los ingresos que habría obtenido le habrían resultado suficientes para la cobertura de sus costes marginales. Por el contrario, alguno fue programado por restricciones técnicas en 41 días en ese periodo. Adicionalmente, considerando los costes en los que se incurriría al funcionar con ambos grupos a la vez, hay 8 días en los que los ingresos obtenidos en el mercado diario habrían sido suficientes para que hubieran sido programados los dos grupos, sin embargo, el segundo grupo no fue despachado en el mercado diario pese a que los costes marginales son inferiores a los ingresos que hubiera obtenido en el mercado diario.

Por otro lado, en todos los días del periodo analizado ha sido necesaria la programación de alguna central por restricciones técnicas en la zona de Cataluña, en concreto durante los 123 días del periodo.

Además, del total de días que los grupos Besós 3 y Besós 5 se encuentran disponibles y no han sido despachadas en mercado diario, resultan programadas por restricciones técnicas una gran parte de ellos: en términos medios el 87% de las ocasiones en que su despacho es posible (es decir, siempre que está disponible y no ha resultado despachada previamente en mercado diario), alcanzando en varios meses cifras del 96- 97%. En este sentido, dada las características de la zona en la que se encuentran su programación tenía una alta probabilidad, como así resulta del hecho de que sus centrales fueron requeridas por el operador del sistema en el proceso de resolución de restricciones técnicas durante 41 días en los que podrían haber resultado despachadas en el mercado diario (tabla 3 de la Resolución).

La consecuencia es que ENDESA GENERACIÓN, S.A. ha obtenido unos ingresos por restricciones técnicas superiores a los que podría haber obtenido de resultar despachado en el reiterado mercado diario en periodos de precios del mercado diario superiores a sus costes marginales, lo que le ha supuesto un beneficio mínimo de 3.903.231 euros (1.697.942 euros por Besós 3 y 2.205.289 por Besós 5).

TERCERO.-En la pretensión de plena jurisdicción ejercitada en la demanda se postula, junto a la anulación de la resolución sancionadora de la CNMC de 14 de mayo de 2019 y con carácter principal, que se reconozca el derecho de la entidad recurrente a la devolución del importe íntegro abonado en su cumplimiento junto con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago hasta la data en que se proceda a dicha devolución; subsidiariamente, que se declare que la disconformidad a Derecho de la citada resolución en cuanto declara la comisión de dos infracciones y no una, con la consiguiente reducción del importe global de la sanción, así como el derecho a la devolución del importe abonado que exceda del nuevo importe reducido con los intereses legales devengados desde su abono; por último y también subsidiariamente, que se declare la disconformidad de la resolución cuando fija la cuantía de las sanciones en un total de 5.800.000 euros, en este supuesto con la reducción hasta el importe mínimo legalmente previsto para las infracciones graves y el reconocimiento



consiguiente del derecho a la devolución del importe abonado que exceda del importe reducido y también con los intereses legales devengados.

Se esgrimen en pro de las citadas pretensiones, en síntesis, los siguientes argumentos:

(i) Vulneración del principio de tipicidad, al no encajar los hechos descritos en la infracción grave tipificada por el art. 65. 34 LSE.

(ii) No se realizaron ofertas con valores anormales o desproporcionados en el periodo considerado, por comparación con las presentadas por las centrales de ciclo combinado de similares características, de manera que la resolución sancionadora es inválida por la citada vulneración del principio de tipicidad.

(iii) Las ofertas tampoco se presentaron con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado, no existiendo indicios de ello y no habiéndose acreditado que fuese así con una "alta probabilidad".

(iv) Subsidiariamente, infracción del art. 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, toda vez que ENDESA GENERACIÓN habría cometido, en su caso, una sola infracción continuada, y no dos.

(v) También con carácter subsidiario, vulneración del art. 67.4 de la LSE y del principio de proporcionalidad por falta de motivación, en tanto la sanción carece de la debida justificación en lo que respecta a la cuantía impuesta, que por ello habría de ser reducida hasta el importe mínimo legalmente previsto para las infracciones graves.

CUARTO.-Una cuestión análoga a la que aquí se plantea ha sido abordada en la sentencia dictada por esta Sala y Sección el pasado 14 de marzo en el recurso 491/2019, en el cual se impugnaba por la mercantil NATURGY GENERACION S.L.U. la Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de la misma fecha, por la que se declaraba a dicha entidad responsable de la comisión de ocho infracciones graves, igualmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65. 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y precisamente como consecuencia de las ofertas realizadas por determinadas unidades de generación.

Los hechos declarados probados en esa resolución eran muy similares a los que ahora nos ocupan, apreciándose entonces básicamente las mismas circunstancias y esgrimiéndose en el respectivo escrito rector unos motivos en buena parte muy semejantes.

Por lo tanto, por razones de unidad de doctrina, como manifestación, a su vez, de los principios de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y seguridad jurídica (art. 9.3), no podemos sino reproducir los fundamentos jurídicos de la sentencia mencionada, a través de los cuales también se da respuesta a los distintos motivos de nuestra demanda.

Y se expresaba en dicha sentencia:

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

El tipo aplicado es el previsto en el artículo 65 . 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre: "34 . La presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado."

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

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2013 , y respecto a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora, declara: "4. El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) absorbe el derecho a la legalidad sancionadora administrativa y se articula a través de una doble garantía, material y formal. La primera es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 ; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1 ; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4 ; y 135/2010, de 2 de diciembre , FJ 4). Como señala la STC 104/2009, de 4 de mayo , FJ 2, «la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien, de lo expuesto anteriormente concluimosque:

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

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

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

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

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

2.- Nulidad por ausencia total de procedimiento.

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

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

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

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

No apreciamos indefensión.

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



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

Como correctamente afirma la demandada, obra en el expediente, la información procedente del expediente de información NUM001 (diligencias previas al procedimiento sancionador), así como las diferentes diligencias de incorporación de documentación, que sustentan los hechos declarados probados y que justifican la realización de la conducta imputada (a través de las ocho infracciones correspondientes), y la procedencia de la sanción para cada una de ellas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 29 de la Ley 40/2015 establece: "6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

La infracción cometida consiste, según el art. 65 . 34 de la LSE , en la "presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado". **Una infracción que se comete a través de las ofertas presentadas por las unidades o grupos de generación, como se señala en la contestación a la demanda, de forma independiente**



con cada unidad de generación, pues son éstas el elemento con arreglo al cual se formulan las ofertas y se definen la programación o el despacho.

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

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

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

La infracción se produce por cada una de las unidades.

6.- Infracción del principio de proporcionalidad.

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

El artículo 67.1 de la LSE dispone: "1. Las infracciones establecidas en el capítulo I de este título serán sancionadas del modo siguiente:

a) Por la comisión de las infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros.

b) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros.

c) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 600.000 euros.

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

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

En cuanto a los **criterios de graduación, el artículo 67.4 de la LSE determina:** "4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.

b) La importancia del daño o deterioro causado.

c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.

d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.

e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.

f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

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

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

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

Respecto a estas cuestiones, la Resolución impugnada señala:

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

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

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

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

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

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

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

QUINTO.-Así las cosas, los fundamentos jurídicos de la sentencia que acabamos de transcribir, mutatis mutandi pues los datos concretos y las diligencias a las que se hace referencia son aquí distintas, permite aplicar al supuesto que ahora nos ocupa la misma solución desestimatoria.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante aporta en apoyo de sus pretensiones, al igual que ocurrió en el citado recurso 491/2019, un informe pericial, que en este caso ha sido suscrito por don Lázaro (Senior Vice President en Compass Lexecon, Director de la práctica de energía de Compass Lexecon en España, Doctor en Economía y Máster de Economía Industrial por la Universidad Carlos III de Madrid) y don Ángel Daniel (Vice President en Compass Lexecon, Licenciado en Física por la Universidad de Cambridge, Máster en Análisis Económico por la Universidad Carlos III de Madrid).

En dicho dictamen, dentro del apartado "Resumen de conclusiones", se señala lo siguiente:

"En este informe, a requerimiento de ENDESA, hemos revisado los siguientes cálculos que se presentan en las Alegaciones, comprobando los supuestos y datos utilizados con respecto a fuentes públicas:

? El cálculo de las ofertas de venta de electricidad y del coste marginal de generación de los grupos 3 y 5 de la central de Besós que se presenta en el Anexo 2 de las Alegaciones para el periodo analizado.

? Los cálculos relativos a la demanda del mercado de restricciones en Cataluña y su cobertura por parte de los grupos 3 y 5 de la central de Besós que se presentan en las páginas 30 y 31 de las Alegaciones."

Y tras ello se recogen las siguientes conclusiones que resultan del análisis efectuado:

" Los datos de oferta de venta de electricidad presentados en el Anexo de las Alegaciones para los grupos de Besós 3 y Besós 5 coinciden con los publicados por OMIE. De ello cabe concluir que son datos fiables sobre las ofertas presentadas en el mercado de diario por dichos grupos.

El cálculo del coste marginal de los grupos 3 y 5 de la central de Besós que se presenta en el Anexo 2 de las Alegaciones utiliza una metodología apropiada para estimar el coste marginal de una central de ciclo combinado. Los datos y supuestos son consistentes con fuentes públicas fiables. De todo ello cabe concluir que el cálculo que se presenta en el Anexo 2 proporciona una estimación fiable del coste marginal de generar en el mercado diario por parte de los grupos Besós 3 y 5.

Los datos relativos a la demanda del mercado de restricciones en Cataluña que se presentan en las páginas 30 y 31 son consistentes con los datos que facilita el operador del sistema, Red Eléctrica de España (REE) al respecto de este mercado. De todo ello cabe concluir que se trata de datos fiables sobre la operación de los grupos 3 y 5 de la central de Besós en el mercado de restricciones."

Asimismo indica, entre otras cosas, que "en un mercado perfectamente competitivo, una empresa está dispuesta a producir y vender su producto a un precio igual o superior a su coste de oportunidad. Ello maximiza sus beneficios e induce a un uso eficiente de los recursos de la sociedad",y que "en el periodo analizado ENDESA compró gas al precio del mercado",afirmándose que "llevó a cabo transacciones de compraventa en el mercado spot a precios en línea con los del MIBGAS y los del mercado OTC. Para dichas compras de gas, el precio del MIBGAS no solo refleja el coste de oportunidad para ENDESA, sino que también refleja su coste de adquisición".

Por otra parte, la parte demandada adjunta otro informe elaborado por don Ambrosio (Director de Energía, Ingeniero Superior electromecánico, Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, Licenciado en Derecho) y doña Erica (Subdirección de Energía Eléctrica, Ingeniera Informática, Licenciada en Administración de Empresas). Ahora bien, la parte recurrente en su escrito de conclusiones, teniendo en cuenta que ha sido confeccionado en papel membrete de la CNMC, que es parte en este proceso, y el hecho de que sus autores prestan servicios profesionales en el Organismo Regulador, solicitó la tacha de peritos; siendo evidente que el mismo, al concurrir las razones de la citada tacha, no puede servir como una pericial al haber sido elaborado por integrantes de la propia Administración.

Sin embargo, sólo en la medida que el mismo hace referencia a la resolución recurrida de la que transcribe parte de sus fundamentos, repara la Sala lo que indica respecto de la "programación por restricciones": "... la Resolución ya afirmaba lo siguiente:

"Pues bien, a este respecto cabe señalar que, si bien existe en la zona un número mayor de ciclos del que precisa el Operador del Sistema para resolver los problemas de seguridad, las restricciones técnicas que se identifican con una mayor frecuencia en la Zona Catalana están localizadas en la alimentación al anillo metropolitano de Barcelona y, aunque su resolución en algunos casos puede llegar a requerir la programación de los grupos de Tarragona, se resuelven normalmente con la programación de los grupos de Besós y de Puerto de Barcelona, solución que tiene una efectividad significativamente mayor para la resolución de estas restricciones técnicas localizadas en la alimentación del anillo metropolitano.

Prueba de ello es que la programación por restricciones en la zona de Cataluña fue proporcionada mayoritariamente por dos empresas, Endesa Generación (titular de los ciclos de Besós 3 y 5) y Naturgy (titular de los ciclos de Puerto de Barcelona y Besós 4, objeto de otro expediente sancionador tramitado bajo la referencia SNC/DE/175/17). En consecuencia, si bien la existencia de nueve grupos y cinco titulares distintos en la zona pudiera hacer pensar en la existencia de una elevada presión competitiva y, por tanto, una falta de certeza en la programación, esto no es correcto ya que, tal y como puede apreciarse en el gráfico siguiente, y como bien conoce Endesa Generación, la programación por restricciones técnicas de estas dos empresas representa el 95% de la energía despachada por restricciones en la zona."

Mas lo que ahora importante es que procede aplicar, según hemos adelantado, la solución dada en el recurso 491/2019 al concurrir circunstancias análogas.

SEXTO.-Dada la desestimación del presente recurso, procede imposición de costas a la recurrente, de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil **ENDESA GENERACIÓN, S.A.** contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 14 de mayo de 2019, por la que se resuelve el expediente sancionador NUM000 declarándole responsable de la infracción grave prevista en el art. 65. 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre,



del Sector Eléctrico; debemos declarar y declaramos ser ajustado a Derecho el citado acto administrativo, el cual en consecuencia confirmamos; y ello con imposición de costas a dicha parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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

PUBLICACIÓN.-La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ