

RESOLUCIÓN (Expte. 552/02, Empresas eléctricas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 7 de julio de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente 552/02 (2338/01 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC) incoado de oficio a varias empresas generadoras de electricidad, a raíz de un informe que remite al Servicio la Comisión Nacional de Energía (CNE) por si, de ciertos precios ofertados en determinados días de noviembre de 2001, se desprendieran conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1. El 26 de noviembre de 2001 tiene entrada en el Servicio un informe de la CNE, 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", que recoge ciertos precios horarios medios y diarios correspondientes a esas fechas y que, en opinión de la entidad emisora, podrían indicar vulneraciones de la LDC por parte de algunos operadores del mercado.
2. El 27 de noviembre de 2001 el Director del Servicio, percibiendo indicios racionales de conductas prohibidas en la información remitida por la CNE, acuerda mediante Providencia incoar de oficio un expediente sancionador (n.º 2338/01) a las empresas Endesa Generación S.A.(ENDESA), Iberdrola Generación S.A. (IBERDROLA), Unión Fenosa Generación S.A. (UNIÓN FENOSA) e Hidrocantábrico Generación S.A. (HIDROCANTÁBRICO) por presunta infracción de los arts. 1 y 6 LDC y 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyas actuaciones

decide extender el 11 de abril de 2002 mediante Providencia a la Central Térmica de ACECA (C.T. ACECA).

3. El 17 de mayo de 2002 el Servicio formula el Pliego de Concreción de Hechos (PCH). En el mismo, se define como mercado relevante el de “suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas”, distinguiendo cuatro zonas geográficas de suministro. El Servicio considera que sólo una empresa en cada zona dispone de capacidad para resolver las restricciones técnicas cuando aparecen, lo que otorga a cada empresa una posición de dominio en su zona respectiva. El Servicio acusa a cada una de las citadas empresas de haber abusado, individualmente en su respectiva zona, de su posición de dominio propia mediante la aplicación de precios injustificadamente altos los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, lo cual habría implicado vulnerar el art. 6 LDC. Las zonas y las empresas imputadas en cada una de ellas son las siguientes: Andalucía (ENDESA); Cataluña (ENDESA); Levante (IBERDROLA); y Centro (C.T. ACECA). El Servicio sobresee parcialmente el expediente en el PCH excluyendo del mismo a HIDROCANTÁBRICO.
4. El 7 de noviembre de 2002 el Servicio concluye sus actuaciones y dicta el Informe-Propuesta, que el 8 de noviembre de 2002 remite al Tribunal con el expediente y donde propone la declaración de las infracciones y la intimación a su cese, así como la sanción de las presuntas actoras, en los siguientes términos:

Primero.- Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

i) Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de ENDESA GENERACIÓN, consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas en las zonas de Cataluña y Andalucía, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la aplicación de precios abusivos.

ii) Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de IBERDROLA GENERACIÓN, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas en la zona de Levante, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la aplicación de precios abusivos.

iii) Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de ACECA y también de

UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A. e IBERDROLA S.A., como propietarios al 50 % en régimen de comunidad de bienes, de las Unidades de Generación ACECA I y ACECA II, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas en la zona Centro, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la aplicación de precios abusivos.

Segundo.- Que se intime a ENDESA GENERACIÓN, IBERDROLA GENERACIÓN, C.T. ACECA, UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A. e IBERDROLA S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.

Tercero.- Que se ordene a ENDESA GENERACIÓN, IBERDROLA GENERACIÓN, C.T. ACECA, UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A. e IBERDROLA S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.

Cuarto.- Que se impongan las correspondientes sanciones económicas a tenor de lo señalado en el apartado 6 de este Informe.

5. El 15 de noviembre de 2002 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, un escrito de Gas Natural Electricidad SDG S.A. mediante el que solicita ser declarada parte interesada en el expediente.
6. El 21 de noviembre de 2002 el Pleno del Tribunal acuerda mediante Providencia admitir a trámite el expediente, ponerlo de manifiesto a los interesados por el plazo legal de 15 días, para que puedan proponer pruebas y la celebración de vista, así como nombrar Ponente.
7. El 21 de noviembre de 2002 el Pleno del Tribunal acuerda mediante Providencia denegar la petición de Gas Natural Electricidad SDG S.A. de ser declarada parte interesada, al considerar que no ha acreditado la condición de titular de interés legítimo que exige la Ley.
8. El 21 de enero de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de Gas Natural Electricidad SDG S.A. reiterando su interés de personarse en el procedimiento por haber sido adquirente de electricidad en las fechas de autos.
9. El 25 de febrero de 2003 el Tribunal, que había concedido diversas prórrogas al plazo legal, después de haber comparecido todos los interesados en la proposición de prueba y vista, dicta un Auto mediante el

que admite diversos medios de prueba y rechaza otros, ordena la práctica de aquéllos, declara la confidencialidad solicitada por ENDESA respecto de algunos documentos, a los que priva de valor probatorio, y acuerda la celebración de vista.

10. El 18 de marzo de 2003 ENDESA interpone ante el Tribunal recurso potestativo de reposición contra el Auto sobre prueba y vista de 25 de febrero de 2003, lo que da lugar a la apertura del oportuno expediente, numerado como r 560/03 v.
11. El 31 de marzo de 2003 el Pleno del Tribunal, a la vista del citado escrito de recurso de ENDESA, dicta una Providencia mediante la que acuerda suspender la práctica de la prueba acordada en el Auto impugnado, con efectos desde el día 18 de marzo de 2003 en que se interpuso el recurso, hasta que se resuelva, y simultáneamente declara interrumpido el plazo máximo que para dictar Resolución establece el art. 56.2 LDC.
12. El 28 de abril de 2003 Gas Natural Electricidad SDG S.A. presenta un escrito ante el Tribunal donde, alegando su condición de comprador habitual de energía eléctrica, solicita que se le reconozca la condición de interesado y se le permita acceder tanto al expediente principal como al de recurso.
13. El 4 de septiembre de 2003 el Pleno del Tribunal dicta Resolución en el expediente de recurso n.º r 560/03 v declarándolo inadmisibile.
14. El 8 de septiembre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de Gas Natural Electricidad SDG S.A. en el que, tras alegar su condición de comercializadora y recordar sus anteriores solicitudes para ser reconocida como interesada, anuncia la interposición de recurso para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, volviendo a solicitar que se le admita como interesada en el expediente, se detenga el curso de éste y se le dé vista completa de lo actuado hasta la fecha.
15. El 11 de septiembre de 2003 el Tribunal dicta una Providencia donde acuerda unir al expediente testimonio de la Resolución de inadmisión de 4 de septiembre de 2003, así como levantar la suspensión de la tramitación del expediente acordada por Providencia de 31 de marzo de 2003, reanudando, con fecha de 4 de septiembre de 2003, el plazo máximo para dictar Resolución interrumpido desde el 31 de marzo de 2003, fecha de la citada Providencia.
16. El 2 de octubre de 2003 el Pleno del Tribunal dicta un Auto mediante el

que resuelve desestimar nuevamente la petición formulada por Gas Natural Electricidad SDG S.A. para que le sea reconocida la condición de parte interesada en el expediente sancionador n.º 552/02.

17. El 8 de octubre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de ENDESA donde pide que se le tenga por desistida en su solicitud de confidencialidad, presentada en el trámite de proposición de prueba respecto de determinados documentos, y que se dé pleno acceso al resto de las partes interesadas a la totalidad de los documentos aportados por ella como medios de prueba, así como que, a los efectos de la deliberación y el fallo que pongan fin al expediente sancionador, el Tribunal estime la eficacia exculpatoria de los documentos presentados por ella.
18. El 20 de octubre de 2003 el Pleno del Tribunal dicta un Auto mediante el que resuelve favorablemente estas dos peticiones de ENDESA. Es decir, por una parte, el Tribunal acepta el desistimiento solicitado respecto de la confidencialidad de los documentos propuestos por ENDESA como prueba. Y, por otra parte, acepta como medios de prueba las versiones íntegras de sus documentos.
19. El 20 de noviembre de 2003, practicada la prueba e incorporada al expediente, el Tribunal dicta una Providencia para su valoración donde acuerda que el expediente se ponga de manifiesto a los interesados a fin de que en el plazo de 10 días aleguen cuanto estimen conveniente acerca del alcance e importancia de la prueba, plazo luego prorrogado a petición de las partes.
20. El 15 de diciembre de 2003 tienen entrada en el Tribunal sendos escritos de valoración de la prueba que formulan respectivamente ENDESA y UNIÓN FENOSA, y el 17 de diciembre de 2003 tiene entrada el escrito de valoración de la prueba que formula IBERDROLA.
21. El 15 de diciembre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un telegrama de la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el que se informa de que ha sido interpuesto ante la misma un recurso contencioso-administrativo sobre tutela judicial de derechos fundamentales contra la Resolución del TDC de 19 de junio de 2002, dictada en el expediente 552/02, requiriendo el expediente en el plazo de cinco días.
22. El 15 de diciembre de 2003 el Secretario del TDC responde a la Sala requirente mediante un escrito en que se solicita: 1) Nombre del recurrente. 2) Aclaración sobre el acto administrativo impugnado, que no

puede ser de 19 de junio de 2000, como dice el telegrama, pues el expediente tuvo entrada en el Tribunal el 8 de noviembre siguiente. 3) Copia del escrito de interposición del recurso. 4) Un nuevo plazo de cinco días para remitir el expediente, una vez aclarados los anteriores extremos.

23. El 21 de enero de 2004 tiene entrada en el TDC un escrito de la mencionada Sala de la Audiencia Nacional en el que se aclaran los siguientes extremos: 1) Los actos impugnados son, por una parte, la Providencia de 21 de noviembre de 2002, recaída en el expediente 552/02, denegatoria de la condición de interesada a Gas Natural Electricidad SDG S.A.; y, por otra parte, la desestimación presunta de otras tres solicitudes posteriores (de 21 de enero, 28 de abril y 5 de septiembre de 2003). 2) El recurrente es Gas Natural Electricidad SDG S.A., que no es parte interesada en el expediente referenciado y reitera su pretensión de serlo.
24. El 24 de enero de 2004 el Secretario del TDC remite a la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional un escrito al que acompaña fotocopia compulsada de la parte del expediente administrativo 552/02 afectada por el recurso contencioso-administrativo de referencia y en el que se especifica que en la misma fecha se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 116.2 de la Ley Jurisdiccional comunicando a todos los interesados la interposición del recurso contencioso-administrativo, y acompañando copia del escrito de interposición a fin de que puedan comparecer en el mismo en el plazo de cinco días.
25. El 30 de enero de 2004 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio que lo remite por si pudiera resultar de interés para la Resolución del expediente, un escrito de HIDROCANTÁBRICO en el que solicita su personación en el procedimiento.
26. El 5 de febrero de 2004, habiendo concluido el trámite de valoración de la prueba, el Pleno del Tribunal dicta Providencia mediante la que señala la celebración de vista para el día 26 de febrero de 2004, a las 10,30 horas, en la sede del Tribunal.
27. El 25 de febrero de 2004 tiene entrada en el Tribunal un fax procedente de HIDROCANTÁBRICO donde reitera su anterior petición formulada al Servicio para que se le tenga por personada en el procedimiento.
28. El 26 de febrero de 2004 se celebra la vista. En la misma, comparece el Servicio y las partes, y se desarrolla conforme queda reseñado en la correspondiente Diligencia del Secretario que obra en el expediente.

29. El 2 de marzo de 2004 tiene entrada en el Tribunal un escrito de ENDESA mediante el que solicita que se declare la caducidad del expediente y el correspondiente archivo de las actuaciones.
30. El 14 de abril de 2004 el Pleno del Tribunal, reunido para deliberación y fallo, acuerda una Diligencia para mejor proveer, con el fin de recabar un informe de la CNE, mediante Providencia de 16 de abril de 2004 notificada a los interesados y comunicada al Servicio; el 20 de abril de 2004 se oficia a la CNE pidiendo el informe. En la Providencia, se declara interrumpido el plazo para dictar Resolución desde la fecha de acuerdo de la Diligencia, conforme al art. 56.2 LDC.
31. El 26 de mayo de 2004 tiene entrada en el Tribunal un informe de la CNE dando respuesta al antedicho requerimiento del Tribunal.
32. El 26 de mayo de 2005 se dicta Providencia para acordar la puesta a disposición de los interesados del informe de la CNE y otorgar un plazo común de 15 días para que éstos puedan hacer al respecto las alegaciones que consideren oportunas. Esta Providencia es comunicada al Servicio.
33. Los días 16 y 17 de junio de 2004, dentro de plazo, tienen entrada en el Tribunal los escritos de alegaciones de las partes sobre el informe de la CNE.
34. El 23 de junio de 2004 el Pleno del Tribunal dicta Providencia reanudando el plazo para dictar Resolución interrumpido por Providencia de 16 de abril de 2004.
35. El Pleno del Tribunal ha deliberado y fallado en sus sesiones de 14 de abril y 30 de junio de 2004.
36. Son interesados:
 - Endesa Generación, S.A.
 - Iberdrola Generación S.A.
 - C. T. Aceca.
 - Unión Fenosa Generación S.A.
 - Iberdrola S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001 el mercado diario de electricidad registró unos precios horarios y medios diarios inusualmente elevados. Aún a tan inusualmente elevados precios en el mercado diario, ciertos grupos generadores de electricidad, que disfrutaban de posición monopolista para resolver restricciones técnicas en sus respectivas zonas, no alcanzaron a casar sus ofertas en el mercado diario por lo alto de los precios ofrecidos y hubieron de ser llamados después a producir para resolver restricciones técnicas.
2. Ha resultado acreditado que, de los dieciocho grupos que habían presentado un comportamiento anormal en esas fechas, trece están localizados en zonas donde las empresas que los gestionan actúan monopolísticamente en la resolución de las restricciones técnicas que puedan aparecer, ya que no hay en esos territorios grupos ajenos que puedan resolverlas, y además se trata de empresas que mantienen una integración vertical entre generación y distribución en esas zonas, lo que las permite poder anticipar dónde surgirán las restricciones a través de su conocimiento de la demanda.
3. Las zonas donde han resultado acreditadas las conductas son: Andalucía, Cataluña, Levante y Centro. En las mismas, aparecen como monopolistas en la resolución de restricciones técnicas las empresas: ENDESA, en Andalucía y Cataluña; IBERDROLA, en Levante; y C.T. ATECA, en la zona Centro. Los trece grupos generadores son: San Adrián 1, 2 y 3; y Besos 2 (ENDESA, Cataluña); Algeciras 1; y Cristóbal Colón 1, 2 y 3 (ENDESA, Andalucía); Escombreras 3, 4 y 5 (IBERDROLA, Levante); y ACECA 1 y 2 (zona Centro).
4. La evolución de los precios del fuel a lo largo de 2001 fue decreciente. De hecho, el precio del mismo en los días señalados había sido el más bajo de todo el período analizado (enero 2000-noviembre 2001).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Lo que se ventila en este expediente ante el Tribunal es si cada una de las empresas imputadas ha infringido el art. 6 LDC -como sostiene el Servicio- al haber ofrecido al mercado diario de electricidad, los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, los inusualmente altos precios de oferta que se mencionan en los Hechos Probados o si, por el contrario, como sostienen las partes, tal supuesta infracción no se ha producido.

2. Antes de pasar a examinar el fondo del asunto, debe el Tribunal, sin embargo, resolver tres cuestiones previas que han sido planteadas en el procedimiento. La primera se refiere a la solicitud de HIDROCANTÁBRICO para poder personarse en el expediente; la segunda es la relativa a la solicitud de ENDESA para que sea declarada la caducidad del expediente; y la tercera afecta a la definición de la entidad responsable de la gestión de la C.T. ACECA en la fecha de autos. A continuación, serán consideradas todas ellas sucesivamente.
3. Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal considera que debe denegar la petición de HIDROCANTÁBRICO. En efecto, la solicitante, incluida en el origen del expediente por el Servicio, no fue después imputada en el PCH, sobreseyéndose parcialmente el expediente precisamente para exonerar a HIDROCANTÁBRICO. Por ello, debe afirmarse que su condición de participante en el mercado de electricidad y su interés porque se modifique el sistema de solución de restricciones técnicas no la acredita como titular de un interés legítimo para ser parte en este expediente, como se argumentará seguidamente.
4. La Ley de Defensa de la Competencia, en sus artículos 36 y siguientes, al regular el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, realiza frecuentes alusiones a los interesados, a los que atribuye facultades de intervención directa en el procedimiento en calidad de partes, confiriéndoles facultades para proponer pruebas, formular peticiones y alegaciones e interponer recursos, pero no contiene una definición del concepto de interesado. Por ello, en cumplimiento de lo establecido en el art. 50 LDC, es preciso acudir supletoriamente a los preceptos de la Ley 30/1992 que, en su art. 31.1, regula el concepto de interesado en el ámbito del procedimiento administrativo común en los siguientes términos:

Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
5. A la vista de esta regulación, parece que el concepto de interesado no puede ser objeto de una definición de alcance general que permita una aplicación automática en todos los casos ya que, al ir asociado a la idea

de interés legítimo, obliga a una aplicación casuística de la norma legal, haciendo preciso investigar en cada caso concreto si el sujeto que pretende comparecer en el procedimiento administrativo es titular o no de ese interés legítimo que, como ha señalado la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997, ha de ser alegado y probado por la parte que se lo arroga. La Jurisprudencia constitucional, por su parte, con ocasión de precisar el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), ha señalado que el interés legítimo “equivale a la titularidad potencial de una posición o ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercite la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”. Esta doctrina lleva a afirmar que no basta con alegar o acreditar un interés abstracto o genérico, sino que es preciso que sea real, en el sentido de que la resolución que haya de recaer en el procedimiento de que se trate sea susceptible de proporcionar por sí misma un beneficio materialmente apreciable para el sujeto (véanse, entre otras, SSTC 62/1983 y 97/1991).

6. Sentado lo anterior, es preciso señalar que el presente procedimiento se refiere a un expediente sancionador incoado de oficio, en el que han resultado imputadas varias empresas entre las que no está HIDROCANTÁBRICO, por lo que no puede aspirar ésta a ser reconocida ante el Tribunal como interesada en el mismo en la calidad a que se refiere el supuesto a) del art. 31.1 de la Ley 30/1992. En cuanto al supuesto b) del mismo artículo, el Tribunal considera que tampoco concurren en HIDROCANTÁBRICO las circunstancias para ser reconocida como interesada en el procedimiento, ya que no ha sido acreditado que esta empresa tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, no proporcionando base suficiente la alegada condición de participante en el mercado eléctrico. Finalmente, y por lo que se refiere al supuesto c) del art. 31.1 de la Ley 30/1992, éste alude a aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución. En el presente caso, el Tribunal considera que HIDROCANTÁBRICO no ha acreditado ser titular de un interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución del procedimiento en curso, en los términos que se configura, a estos efectos, en la referenciada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.
7. En virtud de todo lo cual, procede desestimar la petición que formula HIDROCANTÁBRICO para que le sea reconocida la condición de parte interesada en el expediente sancionador n.º 552/02 y, con los fundamentos expuestos, así se debe comunicar a la solicitante.

8. En cuanto a la segunda cuestión previa, es decir, la solicitud de declaración de caducidad del expediente, formulada por ENDESA a este Tribunal, la consideración que merece es la siguiente. El día 2 de marzo de 2004, ya celebrada la vista, tiene entrada en el Tribunal un escrito de la citada empresa mediante el que solicita que se declare la caducidad del expediente ya que, a su juicio, el mismo se encuentra caducado por haber rebasado el Tribunal –dice- en 30 días el plazo máximo de 12 meses que el art. 56.2 LDC le otorga para resolver. Frente al criterio del Tribunal, según el cual dicho plazo máximo finalizaba con posterioridad (antes de la interrupción acordada mediante Providencia de Diligencia para mejor proveer), la citada empresa manifestó que el plazo se había rebasado por no ser, a su juicio, ajustada a Derecho la Providencia de 31 de marzo de 2003 que el Tribunal dictó ante el recurso de reposición interpuesto por la propia empresa contra el Auto de Prueba en el expediente 552/02. Mediante dicha Providencia, el Tribunal había suspendido la práctica de la prueba acordada en el Auto impugnado y había declarado interrumpido, con efectos desde el día de la interposición del recurso, el plazo máximo para resolver establecido por el art. 56.2 LDC. Dicho plazo fue luego reanudado por el Tribunal, mediante Providencia de 11 de septiembre de 2003, pero con efectos del 4 de septiembre de 2003, una vez dictada, este mismo día, la Resolución que ponía fin y desestimaba el mencionado expediente de recurso.
9. En opinión de la solicitante, la citada Providencia de 31 de marzo de 2003 no era ajustada a Derecho porque el Tribunal la dictó, suspendiendo el procedimiento, sin que, según ella, se hubieran dado ninguna de las causas de interrupción previstas por el art. 56.2 LDC. Añade la solicitante que la Ley 30/1992, aplicable supletoriamente, dispone en su art. 77 que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento no suspenderán la tramitación del mismo. Y tampoco, según ella, se interrumpiría el plazo máximo previsto por el art. 56.2 LDC, aunque supletoriamente pudiera aplicarse al presente caso el art. 111 de la Ley 30/1992, pues éste, permite suspender la ejecución del acto impugnado, pero no permite, a su juicio, suspender el plazo de tramitación del procedimiento en el que se dictó dicho acto. Finalmente, la solicitante manifiesta en su escrito que la Providencia de 31 de marzo de 2003 ni siquiera podía lícitamente suspender la práctica de la prueba, como hizo, pues el acto impugnado por ENDESA –dice- no era el Auto en su conjunto sino sólo una de las decisiones del Tribunal contenida en el mismo.
10. En contra de las anteriores alegaciones, debe afirmarse que este Tribunal interrumpió el plazo para dictar resolución al amparo de la LDC, siendo innecesaria la utilización supletoria de la Ley 30/1992 para resolver la

cuestión planteada. Y, analizando el caso a la luz de la LDC, considera el Tribunal que yerra la solicitante en su interpretación del art. 56 LDC. En efecto, este artículo, relativo a los plazos máximos del procedimiento, dispone en su apartado 2 que el Tribunal dictará Resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente, pero añade que el plazo se interrumpirá cuando se haga presente alguna de las seis circunstancias siguientes: 1) Cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión. 2) Cuando se interpongan recursos. 3) Cuando se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente. 4) Cuando se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia. 5) Cuando se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley. 6) Cuando se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

11. ENDESA, sin embargo, interpreta de otro modo dicho precepto y entiende que lo adecuado es aceptar que sólo cabe interrumpir el procedimiento, en caso de recurso, cuando se interpone ante una autoridad jurisdiccional que así lo acuerde. Pero esta interpretación de la solicitante es insostenible. En efecto, aunque a efectos dialécticos se admitiera que la formulación sintáctica del precepto, tal como aparece escrito en el texto de la Ley, pudiera albergar una interpretación del tenor de la que hace la solicitante, hay que rechazarla porque nunca puede prevalecer una interpretación gramatical que, a más de ir contra la interpretación sistemática del precepto, conduce irremisiblemente al absurdo, como ocurriría en este caso y se verá seguidamente.
12. En efecto, si la interesada interpretación del art. 56 LDC que hace la solicitante fuera correcta, ello significaría que el legislador había abierto un camino a la impunidad para cualquier acusado ante el TDC, ya que bastaría al imputado con recurrir en reposición todos los actos del Tribunal durante el procedimiento sancionador para lograr la caducidad del expediente, pues los retrasos en que incurriría el Tribunal para resolver los sucesivos expedientes de recurso impedirían cumplir con el plazo máximo para resolver el expediente principal.
13. Y, en cualquier caso, en el presente expediente concurre un interés público que justifica la exclusión de la aplicación de la caducidad, de acuerdo con la doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional de 29 de abril de 2002 (recurso n.º 1058/99). En efecto, en dicha Sentencia se establece lo siguiente: “Así las cosas hemos de recordar que la Ley 30/1992 en su artículo 92.4 excluye la aplicación de la caducidad cuando se encuentra implicado el interés público, como en el caso de los expedientes seguidos en defensa de la competencia en los que, junto a la potestad sancionadora, existe un claro interés público tutelado y unos perjudicados cuyos intereses legítimos han de ser protegidos”.

14. Por lo expuesto, el Tribunal considera que la interpretación alegada del art. 56 LDC no puede aceptarse y debe ser desechada. La interpretación del Tribunal es que la interposición de un recurso ante el mismo permite legítimamente al TDC acordar la suspensión del procedimiento principal mientras el recurso se sustancia. Por ello, procede desestimar la aspiración de la parte, que pretende la declaración de caducidad del expediente sancionador.
15. En relación con la tercera y última cuestión previa, la relativa a la titularidad de la gestión de la C.T. ACECA en las fechas de autos, es obligado para este Tribunal pronunciarse al respecto, considerando que, de cualquier conducta relativa a la explotación de esta central, la responsabilidad corresponde únicamente a quien ejerciese la titularidad de su gestión en las fechas de su realización y, particularmente, quien fuera responsable de la presentación de ofertas y del despacho de operaciones.
16. En este sentido, está debidamente acreditado en el expediente lo siguiente: a) Que C.T. ACECA es una central propiedad, por mitades, de Unión Fenosa Generación S.A. y de Iberdrola S.A. b) Que la responsabilidad de su gestión y, particularmente, la de presentar ofertas y despachar operaciones correspondía exclusivamente, en las fechas de autos, a UNIÓN FENOSA GENERACIÓN. Al haber incluido el Servicio en el expediente, como responsables de la supuesta comisión de una conducta prohibida por parte de la C.T. ACECA, a ésta y a sus dos propietarias, procede que el Tribunal atienda la petición de las dos empresas copropietarias de la central y, consecuentemente, antes de entrar a considerar el fondo del asunto, excluya a IBERDROLA de la imputación por la conducta de la C.T. ACECA.
17. Resueltas las cuestiones previas, procede ya examinar el fondo del asunto con el fin de esclarecer si los hechos probados constituyen una infracción del art. 6 LDC. El Tribunal considera que, dada la complejidad del mercado eléctrico peninsular español, en el que se han desarrollado los hechos probados, resulta conveniente exponer con carácter previo, siquiera sea esquemáticamente, cómo funciona dicho mercado.

18. El mercado peninsular español de electricidad es un mercado regulado y organizado, en el que vendedores y compradores no efectúan sus recíprocas transacciones directamente sino a través del sistema institucional previsto, que consta de los siguientes elementos: a) el *pool eléctrico*, que es el espacio virtual en el que concurren la oferta y la demanda (el “mercado organizado” como espacio transaccional); b) los operadores del mercado, que son dos empresas legalmente responsables de la gestión del mercado: OMEL (Operador del Mercado Eléctrico), responsable de la gestión económica, y REE (Red Eléctrica Española), responsable de la gestión técnica; c) los vendedores y d) los compradores.
19. En este mercado, los vendedores son: a) los productores de electricidad; b) los comercializadores de electricidad; y c) los importadores de electricidad. Y los compradores: a) los distribuidores de electricidad (las compañías que suministran a los consumidores finales comunes, a tarifa oficial); b) los comercializadores de electricidad; c) los exportadores de electricidad; y d) los consumidores cualificados (normalmente empresas que utilizan mucha energía en sus procesos).
20. El “mercado organizado” o *pool* eléctrico se estructura mediante sesiones de mercado diario, en las que cada productor debe realizar sus ofertas para el día siguiente, diferenciando precio y cantidad que ofrece para cada hora y unidad de generación. Es decir, cada productor debe presentar diariamente al *pool* una oferta, en términos de precio y cantidad, para cada hora del día siguiente.
21. La curva de oferta agregada del mercado la construye el gestor económico del sistema, OMEL, sumando todas esas ofertas ordenadamente según precios crecientes; es decir, poniendo primero la de menor precio y agregando sucesivamente las de precios ordenadamente crecientes. La curva de demanda agregada, por su parte, se construye agregando ordenadamente las diferentes demandas presentadas, también con especificación horaria de precio y cantidad.
22. Con esta información, OMEL diariamente casa la oferta y demanda de cada una de las horas del día siguiente. El precio para cada hora del día será único e igual al marginal; es decir, al de la oferta procedente de la última unidad de producción que haya sido necesaria para atender la demanda, de las de la lista agregada formada la víspera del modo explicado. El precio formado del modo que se acaba de exponer es el que han de pagar todos los compradores y han de recibir todos los

vendedores.

23. El descrito proceso de casación del mercado diario se ve modificado después de la manera siguiente. El gestor técnico del sistema, REE, suma al resultado de la descrita casación del mercado diario la cantidad de energía correspondiente a los contratos bilaterales nacionales y los internacionales por él suscritos. El resultado final es el “Programa Diario Base de Funcionamiento” (PDBF).
24. Una vez elaborado el PDBF, REE evalúa su viabilidad técnica para comprobar si puede llevarse a cabo en la práctica en condiciones técnicamente viables y de seguridad garantizada. Si el PDBF, es decir, el resultado de la casación del mercado diario más las aportaciones de los contratos bilaterales, no respeta la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos o los requisitos de seguridad, aparecen las llamadas “restricciones técnicas”, para cuya solución se pone en marcha un procedimiento conjunto entre OMEL y REE, el cual modifica las compras o ventas previstas que provocan el exceso de intercambio en la interconexión, y asigna la energía correspondiente a otras unidades de producción distintas. En definitiva, se procede a modificar el PDBF para obtener el “Programa Diario Viable” (PDV).
25. El procedimiento de resolución de las restricciones técnicas se desarrolla así: si el PDBF es físicamente irrealizable, por problemas de congestión de redes de transporte a causa de desequilibrios entre consumo y producción en una determinada zona, los operadores (OMEL y REE) modificarán la asignación de energía de las unidades de producción del PDBF y dispondrán que se retiren de la casación ciertas ofertas y entren otras según un orden de precedencia económica que se establece del siguiente modo: se designan las unidades que deban aumentar su producción, empezando por las más baratas y terminando por las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y las que deban disminuir su producción, retirando primero las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y, ordenadamente, en orden descendente de precios, las demás.
26. La retribución de las unidades que se ven implicadas en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas se determina como sigue: a) Para las unidades de producción retiradas, se realiza una rectificación de su anotación en cuenta del mercado diario, calculada como el producto de la energía retirada por el precio marginal correspondiente. b) La retribución de las unidades que producen para resolver restricciones técnicas se fijan, en lugar de por el precio marginal, por el precio de su oferta al mercado diario o por el de la oferta que suponga una mejor retribución si hubiera

hecho varias.

27. En este contexto técnico y económico de funcionamiento del mercado de electricidad se desarrollan los hechos y es a la luz de las precisiones terminológicas contenidas en su descripción como han de interpretarse tanto las imputaciones del Servicio y las alegaciones de las empresas como las consideraciones del propio Tribunal. Primero será examinada la posición del Servicio.
28. El Servicio sostiene que las actoras, ENDESA, IBERDOLA y C.T. ACECA, infringieron el art. 6 LDC porque todas ellas -aunque independientemente unas de otras- abusaron de sus respectivas posiciones de dominio en el mercado de suministro de electricidad en un contexto de restricciones técnicas, cada una en la zona geográfica donde su actuación era monopolista en esa prestación. El abuso habría consistido, desde esa posición dominante, en obtener unas ventajas que hubieran sido inasequibles en condiciones de competencia y que se habrían alcanzado mediante la presentación, en las fechas de autos, de ofertas de electricidad a unos precios tan calculadamente altos y por encima de los ofertados en ocasiones anteriores similares que previsiblemente las habría descartado del mercado diario, pero que -como las actoras habrían previsto- las iba a colocar en situación de ser llamadas a resolver las restricciones técnicas que aparecerían esos días, de lo que las actoras se habrían beneficiado tal como habrían previsto. O, dicho de otro modo, las imputadas habrían infringido el art. 6 LDC por haberse aprovechado de no tener competencia para resolver restricciones técnicas en sus respectivas zonas y, desde esa posición de privilegio, haber ofrecido sus producciones de electricidad al mercado diario a unos precios excesivos, comparados con los ofertados antes en situaciones similares, con los cuales serían descartadas del mercado diario pero llamadas a resolver restricciones técnicas. Reseñada la posición del Servicio, conviene ahora reseñar las alegaciones expuestas por las empresas responsables de esta conductas.
29. ENDESA alega lo siguiente:
 - 1) Los generadores de energía que deseen concurrir al mercado están obligados por la regulación a que su oferta diaria sea única para cada central y cada hora del día posterior, lo que añade incertidumbre a la obligada predicción del uso y coste de las centrales a la hora de ofertar precios, destacando que los generadores obtendrán pérdidas si sus predicciones son erróneas a la baja.
 - 2) Una misma central, según que atienda al mercado diario o produzca

para resolver restricciones técnicas, se verá sometida a un régimen de funcionamiento operativo diferente con estructura de costes diferentes, lo que tácitamente admite el Servicio al examinar el mercado diario y la resolución de las restricciones técnicas como dos mercados diferentes.

3) Los hechos detallados resultan de una imperfección regulatoria reconocida por la CNE, que va a ser modificada a la entrada en vigor de los acuerdos para el Mercado Ibérico de la Electricidad que prevén un sistema de doble oferta.

4) En cuanto al cargo imputado, se rechaza con la argumentación siguiente: a) Es erróneo el método empleado por el Servicio, basado en comparar precios históricos de casación en el mercado diario de las centrales con precios percibidos por dichas centrales cuando funcionaron para resolver restricciones técnicas, porque compara precios observados en dos regímenes distintos de funcionamiento con costes diferentes y en los que la remuneración es también diferente; es una contradicción del Servicio el que, partiendo de la premisa de que el mercado diario y la resolución de las restricciones técnicas son mercados distintos, compare sus respectivos precios para determinar si son excesivos. b) El método utilizado por el Servicio carece de fundamento legal y desconoce los principios del Derecho comunitario y el español. c) Es incoherente sostener que los precios ofertados para resolver restricciones técnicas son abusivos sin analizar los costes incurridos para producir la energía con ese destino. Por todo ello, se considera que el Servicio no ha probado infracción alguna y el TDC debe declarar como no acreditado el supuesto abuso.

5) La aplicación de los métodos legalmente permitidos indica que los precios ofertados por ENDESA no fueron abusivos. Así, aplicando el método de la comparación precios-costes de producción, considera probado pericialmente que la estimación previa de los costes de las centrales relativos a los días de autos fue razonable y adecuada, y que los precios efectivamente ofertados se correspondían con dicha estimación previa de costes, lo que lleva a considerar que, al haber correspondencia material entre costes razonablemente estimados y precios ofertados -y resultar, así, justificados- no puede decirse fundadamente que éstos sean excesivos.

6) Aplicando el método de la comparación precios actuales-precios históricos, la prueba pericial evidencia que los precios ofertados los tres días de autos no se desviaron de su patrón histórico de oferta y que fueron inferiores a los precios para resolver restricciones técnicas observados en

octubre y noviembre de 2001.

7) Si se aplica el método consistente en comparar los precios enjuiciados con los de zonas donde el SDC admite que no hay monopolio, también ha resultado pericialmente probado que los precios ofertados para los tres días fueron similares o inferiores a los precios ofertados los mismos días por otros grupos en zonas sin monopolio como Galicia, Asturias y País Vasco.

8) Es falaz la apreciación del Servicio según la cual, dado que las centrales casaron alguna vez en el pasado, también deberían haberlo hecho los tres días de autos. En su opinión, los grupos de fuel-gas están en la "frontera" de la casación, por lo que sus probabilidades de casar varían mucho según la demanda agregada que resulte y si hay una razonable probabilidad de que los grupos no casen (como ocurrió los tres días) la obligación del generador es evitar pérdidas y ofertarlos para un escenario de costes típico de restricciones técnicas, pero no hubo estrategia de auto-exclusión porque, al producirse el día 19 un incremento súbito de la demanda, ENDESA ajustó a la baja los precios ofertados los días 20 y 21.

9) El objetivo del Servicio en este expediente ha sido presionar a las empresas para que oferten electricidad a precios menores en el mercado diario, a la vista de que una imperfecta regulación lo impide.

30. Las alegaciones de IBERDROLA se resumen así:

1) La punta de precio registrada en el mercado los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001 se originó por un error de previsión de la demanda y la empresa siempre oferta las centrales teniendo en cuenta su coste de funcionamiento esperado, también en los días de autos. La demanda de energía para el 19 de noviembre de 2001 se disparó en el mercado diario por encima de la prevista en una cantidad de 1000 MW (el equivalente a la mayor central de generación de España) debido a dos circunstancias: la súbita e importante bajada de temperaturas y la imprevista compra por ENRON, para su exportación a Francia, de una cantidad muy elevada de energía, que alcanzó a ser de 450 MW.

2) Ante la perspectiva de que la demanda siguiera siendo anormalmente alta en los días siguientes, se consideró la elevada probabilidad de que el grupo 1 de Castellón pudiera funcionar en el mercado diario el día 20, por lo que su oferta se haría teniendo en cuenta los costes en un régimen normal de funcionamiento, y no por restricciones, costes que, como se

sabe, son muy diferentes. El día 20 se confirmó la mayor demanda, ante lo cual la empresa procedió, para los días posteriores, a modificar la oferta de otros grupos de fuel (Escombreras y Santurce) con el fin de reflejar la expectativa de que funcionarían en régimen de mercado diario y, por tanto, con menores costes que en régimen de restricciones.

3) Este tipo de decisiones sobre la oferta de un generador es consecuencia del actual sistema de resolución de restricciones técnicas, el cual establece que la misma oferta enviada al mercado diario se utilice también para resolver restricciones, planteándose el problema porque los costes incrementales de la central, cuando resulta casada en el mercado diario, son diferentes a los incurridos cuando resulta llamada para resolver restricciones. Al ser diferentes los costes, lo son también los precios de las ofertas que se presentan al mercado. Tal problema no existiría si, ante la diferencia de costes de funcionamiento en ambos regímenes, las centrales pudieran presentar dos tipos de oferta diferentes, una para el mercado diario y otra para resolver restricciones. Sin embargo, al presentar necesariamente sólo un tipo de oferta, el oferente debe estimar a priori cuál de las dos modalidades de funcionamiento considera más probable, lo que inevitablemente conduce a errores de previsión. En los acuerdos entre los gobiernos de España y Portugal para la puesta en marcha del Mercado Ibérico de la Electricidad, se contempla la modificación del sistema de resolución de restricciones técnicas, permitiendo presentar ofertas diferentes para el mercado diario y para resolver restricciones, lo que confirma lo inadecuado del marco regulador vigente.

4) La empresa no hubiera podido actuar, sin incurrir en pérdidas, de forma diferente a cómo lo hizo y el SDC tiende a subestimar los costes de funcionamiento en el mercado diario, por la metodología utilizada, que toma como referencia el precio más bajo a que las centrales han funcionado e ignora los sobrecostes asociados al funcionamiento para resolver restricciones técnicas.

5) De los datos disponibles, no se deduce que las ofertas de IBERDROLA hayan sido distintas de los costes de funcionamiento de los grupos en régimen de restricciones y, por tanto, dichas ofertas han sido competitivas.

6) Estamos en presencia de un fallo regulatorio que, al obligar a presentar una sola oferta para el mercado diario y el régimen de restricciones -con costes diferentes-, puede provocar que se haga una oferta para una central pensando que tendrá que producir para resolver restricciones -a costes más altos que produciendo para el mercado diario- y que, si la

demanda se dispara de modo imprevisto, la central haya de producir para el mercado diario, con unos costes menores a los previstos cuando se ofertó pensando en que la producción sería en el régimen de restricciones. Esto es lo sucedido en el presente caso porque, en los tres días en cuestión, la demanda se disparó y casaron en el mercado diario, contra toda previsión, unas ofertas que se habían hecho pensando para atender la resolución de restricciones. (Si las ofertas se hubieran hecho pensando en el mercado diario y luego hubieran tenido que resolver restricciones, la empresa hubiera incurrido en pérdidas). La Administración es consciente de tal fallo regulatorio y, de hecho, la CNE ha elaborado una propuesta de Real Decreto y otra de Orden Ministerial para establecer ofertas económicas distintas según sea para el mercado diario o para resolver restricciones.

7) Es artificioso y contrario a la jurisprudencia y la doctrina definir a la resolución de restricciones técnicas como un mercado relevante de producto distinto del mercado diario. Además, no ha existido abuso alguno porque los precios no han sido excesivos sino coherentes con el régimen de producción previsto y, por otra parte, los hechos han sido el fruto de un error esporádico de previsión, careciendo del carácter sistemático que es exigible a una conducta para que pueda ser considerada como abusiva de posición dominante.

8) Se solicita del Tribunal que, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 2 LDC, inste al Gobierno para que resuelva el problema regulatorio puesto de manifiesto en este expediente.

31. UNIÓN FENOSA, como responsable de la gestión de C.T. ACECA y, en concreto, de la presentación de ofertas y el despacho de operaciones de esta central, expone sus alegaciones como seguidamente se resume:

1) ACECA es una central antigua, cara de explotar, poco rentable y no representativa.

2) No existe un mercado relevante de resolución de restricciones técnicas como considera el Servicio.

3) La política de oferta de ACECA es siempre la misma y los acontecimientos examinados expresan que existe un problema regulatorio.

4) UNIÓN FENOSA, responsable de la gestión de C.T. ACECA, gestiona un parque de centrales a lo largo del año, lo que hace inverosímil un propósito singular para la central implicada en este expediente.

5) El margen bruto medio anual de 2001 es razonable dados los sobrecostos y que el precio medio de los días 19, 20 y 21 de noviembre fue inferior al medio anual, por lo que no existe el elemento objetivo que justifique una infracción.

6) Lo importante es la comparación precios-costes, que el Servicio no ha hecho.

7) No hubo abuso de posición dominante y no ha habido estrategia de autoexclusión, lo que hace que la conducta carezca también del elemento subjetivo que el art. 10 LDC impone para que puedan ser impuestas sanciones.

32. El Tribunal, mediante la Diligencia para mejor proveer a que se hace mención en el Antecedente 30, acordó solicitar un informe de la CNE en el que se diera respuesta a las siguientes cuestiones:

Primera.- En relación con el informe de la CNE de noviembre de 2001, 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", remitido al Servicio de Defensa de la Competencia, en el que se recogen ciertos precios correspondientes a dichos días, la cuestión que el Tribunal plantea a la CNE es si, a su juicio, las conductas empresariales que originaron tales precios vulneran el artículo 23 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del sector eléctrico, y si considera que dichas conductas empresariales son prácticas de las contempladas en el apartado 18 del artículo 60 de la misma Ley.

Segunda.- El Tribunal recaba de la CNE su opinión sobre los siguientes extremos: a) Calidad predictiva de los modelos estimativos de la demanda utilizados en noviembre de 2001 por las empresas productoras de electricidad autoras de las conductas reseñadas. b) Importancia relativa que atribuye a la demanda de electricidad suscitada para la exportación por ENRON en las fechas referenciadas. c) 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.

33. La CNE, en su informe, responde a las cuestiones planteadas por el Tribunal en del siguiente modo:

A la primera.- El artículo 23 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, establece la obligación de realizar ofertas, salvo en los casos previstos en el artículo 25 de la misma Ley, para determinados tipos de unidades de producción, entre las que se encuentran todas las centrales térmicas de gran tamaño.

De la información manejada por esta Comisión, se deduce que los precios registrados no fueron originados por la falta de cumplimiento de la referida obligación de oferta, sino por los precios contenidos en esas ofertas. Desde un punto de vista formal, no se ha apreciado vulneración del artículo 23 de la Ley 54/1997, dado que éste nada prevé sobre el contenido económico de dichas ofertas.

Por otra parte, resulta obvio que el legislador estableció la obligación de ofertar en un contexto de mercado centralizado, al que concurren la práctica totalidad de la oferta y la demanda, para asegurar que la formación de los precios en dicho mercado no se vería alterada por la retirada de oferta de generación. Este objetivo tampoco se vería cumplido si tales ofertas fuesen presentadas a precios elevados, alejados de los que deberían aparecer en un mercado en condiciones de competencia. No obstante la mencionada coincidencia de efectos, esta Comisión no considera que se haya producido una violación estricta del mencionado artículo 23 de la Ley 54/1997, existiendo en la propia Ley 54/1997 y en el resto del ordenamiento jurídico, en particular en la Ley 16/1989, disposiciones más directamente encaminadas a garantizar el comportamiento competitivo de los agentes del mercado eléctrico.

El artículo 60 de la Ley 54/1997, en su apartado 18, establece como infracción calificada de muy grave “El desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de producción”.

La redacción de la citada disposición es muy amplia, por lo que en principio permitiría sancionar en el ámbito de la Ley 54/1997 toda práctica voluntaria cuyo efecto fuese la alteración de los precios de mercado, derivada tanto de actuaciones contrarias a la normativa de defensa de la competencia con tal efecto, como de otras actuaciones que no tuviesen tal naturaleza pero produjesen igualmente alteración de los precios, por ejemplo al aprovechar impropia y vacíos normativos o inconsistencias en las normas de detalle que regulan el funcionamiento del mercado.

Por otra parte, la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el apartado tercero, que establece las funciones de la Comisión Nacional de Energía, recoge como

Función Undécima: “Acordar la iniciación de expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos, cuando sean de competencia de la Administración General del Estado...” y como Función Duodécima: “Velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de la libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen tales hechos”.

Analizando de forma conjunta el artículo 60 de la Ley 54/1997, las funciones de la Comisión de Energía previstas en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se considera que si las prácticas referidas fuesen finalmente contrarias a la normativa de competencia y objeto de sanción en dicho ámbito, la posible sanción adicional en el ámbito de la Ley 54/1997 carecería de todo sentido, dado que recaería sobre los mismos hechos y perseguiría los mismos fines que la anterior, y por el mismo motivo carece de sentido la instrucción del expediente sancionador correspondiente. En este sentido se interpreta, por esta Comisión, la obligación de poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los indicios de prácticas restrictivas de la competencia.

A la segunda.- En cuanto a la calidad predictiva de los modelos de demanda:

La Comisión Nacional de Energía no dispone de información sobre los modelos de previsión de demanda que pueden estar utilizando las empresas productoras de electricidad, ni por tanto de la calidad de sus resultados.

Sin embargo, cabe señalar que el Operador del Sistema eléctrico (RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA S.A.) publica de manera sistemática diferentes previsiones de demanda, que pueden ser utilizadas por los agentes como referencia para la elaboración de sus ofertas, aunque en principio esta información se pretende que resulte de utilidad principalmente a empresas de distribución y comercialización que deban adquirir energía en el mercado de electricidad, y no está específicamente destinada a las empresas de generación cuyas ofertas, al menos las de las centrales térmicas, deberían depender esencialmente de sus propios costes de producción. En particular se publica diariamente una previsión de

demanda previa al cierre del mercado diario, que en los días señalados, según los datos disponibles en esta Comisión, tuvo un error horario máximo del 5 %, siendo en las horas de precios más elevados dicho error máximo del 3,5 % y en promedio, en el conjunto de los tres días, inferior al 2 %.

Sobre la importancia de la demanda suscitada por ENRON, la CNE responde así:

Según la información disponible en esta Comisión, ENRON realiza el día 19 de noviembre de 2001 una operación de compra en el Mercado Diario, para exportar a Francia, con un máximo horario de 450 MW. Dicho valor equivale a la potencia producida por un grupo térmico de gran tamaño y en relación con la demanda horaria en las horas de precios más elevados (17, 18 y 19 h) representa entre el 0,9 y el 1,5 %.

Por una parte, tales valores están dentro del margen de error de las previsiones de demanda habituales, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, no encontrándose motivos para que dicha operación de exportación deba afectar a la formación de precios en el mercado.

Por otra, la potencia de generación disponible no asignada en el Mercado Diario en centrales térmicas era del orden de 8 veces superior a la citada operación de exportación de ENRON, por lo que no existía problema alguno de potencia para suministrar dicha demanda a precios competitivos.

Finalmente, por lo que respecta a su interpretación del análisis de precios en las fechas de referencia en las zonas donde las restricciones son atendidas por una sola empresa, por comparación a los de zonas donde son varias las empresas que atienden restricciones técnicas, la respuesta de la CNE es la siguiente:

En las fechas consideradas, los programas resultantes del Mercado Diario fueron objeto de revisión por el Operador del Sistema, en el proceso de resolución de restricciones técnicas, afectando a unidades situadas en diferentes zonas geográficas. En una primera aproximación, se pueden definir como zonas relativamente independientes y afectadas por la programación de unidades por restricciones técnicas las siguientes: Cataluña, Levante, Andalucía, Centro, País Vasco y Galicia (aunque en este último caso las restricciones únicamente afectaron al despacho de algunas unidades hidráulicas concretas). En todas ellas, existía en las fechas analizadas una única empresa que pudiese resolver las

restricciones técnicas con sus medios de producción. En el resto de las zonas de la Península no se produjeron restricciones técnicas y sí existían unidades de diferentes empresas.

Con respecto a la formación de los precios resultantes, las ofertas realizadas y el mecanismo de gestión de restricciones, interesa destacar lo manifestado por la Comisión Nacional de Energía en el informe examinado en la sesión del Consejo de Administración de esta Comisión el 11 de abril de 2002, cuya copia se adjunta a este escrito, con motivo de la solicitud de información realizada por la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, especialmente en lo que se refiere a la información aportada en el epígrafe "A" (obrante en el expediente).

34. El 26 de mayo de 2005 se dicta Providencia para acordar la puesta a disposición de los interesados del informe de la CNE y tras el plazo otorgado para alegaciones, aquéllos hacen las que seguidamente se resumen.
35. ENDESA alega, en síntesis, lo siguiente:
 - La CNE no confirma los presupuestos asumidos por el Servicio al formular cargos y contesta con imprecisión a las preguntas del Tribunal.
 - El informe de la CNE descarta que las conductas objeto del expediente vulneren el precepto de la Ley del Sector Eléctrico que obliga a las empresas generadoras a realizar ofertas al mercado.
 - Es endeble lo que la CNE manifiesta en su informe, según el cual no persiguió las conductas objeto de este expediente porque, comunicándolas al Servicio resultaba improcedente la incoación de dos expedientes por los mismos hechos.
 - La opinión de ENDESA es que la CNE no incoó expediente porque haberlo hecho hubiera vulnerado los principios de la buena fe y la confianza legítima ya que la CNE, reconociendo que el modelo de oferta única es imperfecto e implica un fallo regulatorio, había liderado una iniciativa para su reforma.
 - Respecto de los modelos de previsión utilizados, la CNE dice no considerarse facultada para pronunciarse respecto de su calidad, por lo que es extraño que sí lo haga el Servicio que los considera capaces de predecir con exactitud el destino futuro de los grupos.

- La CNE insiste en obviar el hecho de que los costes son distintos para casar en el mercado diario que para resolver restricciones técnicas cuando indica que las ofertas formuladas por las empresas generadoras “deberían depender esencialmente de sus propios costes de producción”.
- En cuanto a la importancia relativa de la demanda de ENRON en las fechas de autos, el informe de la CNE desvirtúa su importancia, en contra del contenido de la prueba pericial aportada al expediente.
- La CNE se abstiene de proporcionar valoración o interpretación alguna respecto de la información solicitada por el Tribunal en relación con la comparación de los precios ofertados por los grupos expedientados y los precios observados en las zonas donde no existe monopolio local.

36. IBERDOLA e IBERDROLA GENERACIÓN, por su parte, alegan en un único documento, lo que seguidamente se resume:

- Resulta incoherente la apreciación de la CNE según la cual no ve vulneración del artículo 23 de la Ley 54/1997, al no prever nada el mismo sobre el contenido de las ofertas y, sin embargo, se considera competente para sancionar conductas alteradoras de los precios, en virtud del apartado 18 del artículo 60 de misma Ley. Lo correcto hubiera sido -continúa el alegante- que, estimando la inexistencia de infracción del artículo 23, la CNE hubiera procurado enmendar el fallo regulatorio existente, en lugar de remitir informe al Servicio de Defensa de la Competencia sin ninguna advertencia al respecto.
- En cuanto a la valoración sobre las cuestiones de hecho que hace la CNE en su informe, considera el alegante que tal informe es de carácter pericial y como tal hay que considerarlo. En opinión del alegante, haberlo emitido después de prejuzgar la actuación de las empresas objeto de investigación afecta a la debida imparcialidad con que debe actuar un perito; en este caso, la CNE que, por otra parte, es dudoso que pueda emitir informes de esta índole, en opinión del alegante. Éste considera, por todo ello, que el informe de la CNE no tiene valor jurídico alguno sobre las cuestiones de hecho, por lo que no deberán ser tenidas en cuenta por el Tribunal en su Resolución mas que, en su caso, como alegación de parte, pues lo contrario le colocaría en una clara situación de indefensión que vulneraría el artículo 24 de la Constitución.
- Por lo que se refiere a otras cuestiones tratadas por la CNE en su informe, en cuanto a la opinión de ésta sobre la calidad predictiva de los modelos utilizados por las imputadas para estimar la demanda, considera

el alegante que el error máximo de estimación detectado para las fechas de autos arroja una cifra significativa en el contexto técnico de la explotación del sistema eléctrico peninsular, por lo que, a su juicio, la visión que, en este sentido, se desprende del informe de la CNE no hace sino confundir, al presentar datos que, de ser relevantes para la resolución del expediente, no pueden ser interpretados aisladamente sino en el contexto del funcionamiento real y completo del mercado.

- En cuanto a la importancia atribuida a la demanda de electricidad suscitada por ENRON, la CNE ignora que la misma, por ser para la exportación, debe sumarse al error de predicción antedicho lo que arroja una variación muy importante en las estimaciones de demanda de REE y de IBERDROLA, que afectó también de manera significativa al funcionamiento real del mercado en los días de autos.
- Finalmente, en cuanto a la interpretación del análisis comparativo de precios en las fechas de referencia entre los de las zonas donde las restricciones técnicas son atendidas por una misma empresa y los de las zonas donde son varias las empresas que atienden las restricciones técnicas, el alegante considera que: a) Las estimaciones de costes del Servicio están sesgadas a la baja. b) No es concluyente que las ofertas de IBERDROLA se alejen de los costes de funcionamiento de los grupos. c) Si IBERDROLA hubiera formulado sus ofertas ignorando los sobrecostes asociados a un régimen de funcionamiento en restricciones, habría incurrido sistemáticamente en pérdidas en todos los grupos de Escombreras.

37. UNIÓN FENOSA, en su condición de representante de C.T. ACECA, alega lo que, en síntesis, se recoge a continuación:

- La CNE indica que, desde un punto de vista formal, no ha apreciado vulneración del artículo 23 de la Ley 54/1997, y aunque se considera competente para sancionar prácticas que alteren los precios en el mercado, no se vio obligada a abrir expediente porque hacerlo después de su comunicación al Servicio hubiera sido reiterativo. El alegante estima que es irreconciliable esta posición de la CNE con la compatibilidad existente entre la aplicación simultánea de la normativa sectorial y de competencia a una misma conducta.
- La respuesta de la CNE a la segunda de las cuestiones que le plantea el Tribunal en su primera pregunta sólo puede ser entendida en el sentido de que la conducta unilateral de C.T. ACECA, en la formulación de su oferta de precios para los dos grupos reseñados, no pudo tener por

efecto la alteración de la formación de precios en el mercado mayorista.

- En relación con la respuesta de la CNE a la pregunta del Tribunal referente a la calidad predictiva de los modelos estimativos de la demanda, la alegante considera que el error de predicción es muy significativo para C.T. ACECA, dada la potencia instalada de sus grupos, a lo que hay que añadir que se trata de grupos que, por su tecnología, tienen los costes más altos del Sistema Nacional, encontrándose en la zona de precios más caros del conjunto de la oferta, donde mayor es la incertidumbre respecto de su posible casación, dado que dependerá de la demanda marginal del conjunto del sistema eléctrico, precisamente la más difícil de predecir y la cubierta por el referido margen de error del modelo predictivo. Ante tal grado de incertidumbre, hay que concluir que, en un escenario como el descrito, no resulta factible la realización de comportamientos estratégicos, lo cual quita posible intencionalidad a la conducta, lo que no permite sancionarla.
- Por lo que se refiere al asunto de la exportación de ENRON, según la alegante, la propia CNE reconoce que la casación o no de una potencia como la de C.T. ACECA, no es susceptible de afectar a la formación de precios en el mercado mayorista y, aún menos, provocar su alteración. Por lo tanto, su conducta en la formulación de los precios de oferta no pudo tener por efecto restricción alguna de la competencia.
- En cuanto a la interpretación del análisis de precios en las fechas de referencia en las zonas donde las restricciones son atendidas por una sola empresa en comparación a los ofertados en zonas donde son varias las empresas que las atienden, la alegante manifiesta que su política de ofertas viene siendo unilateral y siempre inspirada, como se demuestra analizando su comportamiento en los últimos años, en los siguientes principios: a) Política de rentabilidad razonable atendiendo a las características técnicas de la central, en particular sus costes, especialmente el de combustible que sitúan a la C.T. ACECA en una posición marginal y, por otro lado, los notables sobrecostes que se generan en caso de ser despachada por restricciones. b) La política de ofertas de C.T. ACECA se inspira, asimismo, en el deber de buena administración conforme a un ordenado empresario y representante leal frente a los propios accionistas y frente al cotitular del activo.

38. Expuestas las posiciones del Servicio y de las empresas imputadas, así como el contenido del Informe de la CNE y alegaciones subsiguientes, corresponde ahora al Tribunal valorar, a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia, todos los elementos de juicio de que dispone.

39. Lo que se imputa a todas las empresas expedientadas es haber vulnerado el art. 6 LDC, cada una mediante su individual abuso de la posición dominante que ostenta, en una zona geográfica determinada, en el mercado de suministro eléctrico bajo restricciones técnicas. De ahí que lo procedente sea, en primer lugar, examinar el contenido y alcance de la prohibición contenida en dicho art. 6, para seguidamente evaluar si se han producido las transgresiones imputadas.
40. El art. 6 LDC prohíbe, en apartado 1, la explotación abusiva de la posición dominante de que disponga una empresa en todo o parte del mercado nacional, y especifica, en su apartado 2, que el abuso podrá consistir, entre otros supuestos, en “la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativas”. Es esta modalidad de transgresión precisamente la que imputa el Servicio, para cuya comprobación habrá que examinar sucesivamente los siguientes elementos: el mercado afectado, la existencia de una posición dominante en el mismo y el comportamiento supuestamente abusivo.
41. En cuanto al mercado afectado, precisa el Servicio que es, para cada una de las imputadas, el mercado de suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas en la zona o zonas donde gozan de monopolio. Esta definición del mercado relevante es rechazada, sin embargo, por dos de las imputadas, IBERDROLA y UNIÓN FENOSA, que están en desacuerdo con el Servicio acerca de que pueda calificarse de “mercado” a la “resolución de restricciones técnicas”. Las restricciones técnicas son una anomalía del mercado -dice IBERDROLA- y calificar como “mercado” su resolución es tan irreal y forzado como llamar “mercado” a la prestación de “servicios mínimos” que se suscita en una situación de huelga.
42. No puede el Tribunal, sin embargo, admitir este planteamiento de las imputadas porque constituye una simplificación, comprensible en términos de defensa pero inaceptable dentro de la lógica económica. En efecto, el asunto es que las empresas imputadas trabajan en los dos campos (mercado diario y suministro para resolver restricciones técnicas) con habitualidad y con arreglo a unas reglas de las que pueden estimarse resultados, y en ambos campos concurren todos los elementos de un mercado, es decir, la oferta, la demanda y el precio. Por eso, no ha de rechazarse por equivocada la actitud del Servicio de asimilar a un mercado el suministro en un contexto de restricciones técnicas.
43. Dilucidada la cuestión del mercado afectado, procede ahora examinar el segundo elemento de la prohibición contenida en el art. 6 LDC, es decir, la

existencia de una posición dominante. La posición de dominio en el mercado es una figura no definida por la Ley española de Defensa de la Competencia ni tampoco por el Tratado CE (TCE). Sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) y el TDC han ido tallando este concepto a lo largo de los años y hoy es doctrina consolidada en la Unión Europea y en España que el elemento definitorio de la posición dominante es la “independencia de comportamiento” en el mercado. Así, se dice que una empresa disfruta de una posición de dominio en el mercado cuando tiene en éste una independencia de comportamiento relativa suficiente como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores, de los proveedores o de los consumidores. En el caso que nos ocupa, es evidente que las empresas inculpadas disponen, cada una de ellas, de esa independencia de comportamiento respecto de los competidores -porque no existen- y también respecto de la demanda, en cuanto que es rígida al precio. Es esta independencia de comportamiento de las inculpadas la que define precisamente su respectiva posición de dominio en la zona donde no hay otra empresa para proporcionar suministros de electricidad que puedan resolver restricciones técnicas. La posición de dominio en el mercado también se da, pues, en todos los casos. Constatados dos de los elementos de la prohibición, la afectación al mercado y la posición dominante, corresponde ahora examinar si concurre el tercer elemento, es decir, el abuso.

44. Tampoco el concepto de “abuso” se define en la LDC ni en el TCE. Pero, también en esta materia, el TJE y el propio TDC han perfilado el concepto de modo que hoy no ofrece duda su interpretación. Así, es hoy doctrina consolidada en España -y en la Unión Europea- que el abuso, con independencia de la forma que adopte, es un concepto objetivo por el que una empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los propios de una situación de normal competencia en el mercado, obtiene una ventaja inalcanzable si no dispusiera de posición dominante. De esta definición, se deduce que las mismas conductas que podrían ser consideradas normales para cualquier empresa no dominante y, por tanto, susceptibles de ser adoptadas sin ningún problema, pueden resultar prohibidas para las empresas dominantes.
45. Como ha destacado el Tribunal en diversas Resoluciones, el abuso puede revestir diversas formas, en un sinfín inabarcable de actuaciones, y frecuentemente las situaciones en las que el abuso se concreta carecen de precedentes. Este podría ser un caso de las características del presente, en el que sería abuso de posición dominante el que una empresa productora de electricidad, que ofertara en el mercado diario, lo

hiciera a un precio excesivo porque no le interesara casar (y consiguientemente, producir) en ese mercado diario -dados sus elevados costes- y además previera que iba a ser llamada para resolver restricciones técnicas en su zona, donde por ostentar una posición de dominio, dispondría de una independencia de comportamiento tal que aquel excesivo precio no tendría posibilidad de rechazo.

46. No puede desconocerse que, en un mercado marginalista como el regulado para el sector eléctrico, un productor racional que haya alcanzado el derecho a cobrar la garantía de potencia establecida por haber superado el mínimo exigido de producción anual, sólo se comportará competitivamente, es decir, como la LDC le impone, si ofrece energía al mercado a su coste variable, ya que podría incurrir en pérdidas si lo hiciera por debajo y se arriesgaría a quedarse fuera del mercado si lo hiciera por encima. Sin embargo, los trece grupos examinados, que en las fechas de autos, pese a la sustancial disminución del precio del fuel en 2001 y a haber superado ya dicho mínimo, hicieron sus ofertas al mercado diario a precios superiores a los ofrecidos en el pasado y, consecuentemente, por encima de los respectivos costes variables revelados anteriormente. Y estos grupos, que no casaron su oferta en el mercado diario, fueron llamados luego a producir para resolver restricciones técnicas. Es decir, cabe admitir que el presente caso se ajustaría al hipotético cuyas grandes líneas se trazaron en el considerando anterior. Y no puede decirse, pues, que el Servicio haya desenfocado su investigación.
47. Claro que enfocar bien la investigación no garantiza la corrección de todas sus secuencias y conclusiones, y eso es lo que todavía ha de dilucidar el Tribunal, para lo que procederá al examen de la investigación efectuada por el Servicio y a la valoración de la prueba, alegaciones y los informes que obran en el expediente.
48. El Servicio considera que los precios ofertados en los días de autos fueron excesivos porque superaron con creces a los ofertados por las mismas centrales durante los doce meses anteriores. A la interpretación del Servicio, se oponen las imputadas, cada una con sus propios razonamientos, pero de los que puede extraerse una común línea argumental, que es la siguiente: la regulada manera de funcionar el mercado de electricidad hace que cada central haya de ofrecer diariamente su electricidad, para cada hora de la jornada siguiente, a un precio concreto, sin seguridad de que finalmente la venderá en el mercado diario o la venderá para resolver restricciones técnicas, con la particularidad de que los costes de producción son distintos en uno y otro

caso, ya que la producción para resolver restricciones técnicas origina costes de arranque y parada mucho más elevados que cuando se produce para el mercado diario. Frente a este planteamiento, el Servicio hace notar que las centrales también tienen la posibilidad de presentar ofertas complejas que, mediante una fórmula establecida, les permite cubrir sus costes ante la eventualidad de que terminen produciendo para resolver restricciones técnicas. Pero las imputadas responden que la fórmula es imperfecta y no garantiza que todos los costes de producir para resolver restricciones técnicas queden cubiertos mediante su aplicación en caso de presentar una oferta compleja.

49. Continúan las partes su argumentación señalando que, en la oferta de cada central térmica como las encausadas, se le plantea al correspondiente responsable la siguiente disyuntiva: o bien oferta a un precio, pensando que tendrá que servir al mercado diario, o bien oferta a un precio más alto que le permita cubrir todos sus costes si estima que tendrá que producir para resolver restricciones técnicas. En el primer caso, la curva de oferta individual se corresponderá con la curva de costes variables prevista para la producción para el mercado diario. Si, por el contrario, el responsable de la central estima que la oferta, por su elevado precio, no será casada en el mercado diario -por comparecer al mismo centrales más eficientes-, entonces subirá aún más el precio de oferta para poder cubrirse de la eventualidad de que la central sea llamada a producir para resolver restricciones técnicas, ya que cuando produce para resolver restricciones técnicas sus costes son más elevados que cuando produce para el mercado diario.
50. El Tribunal considera, sin embargo, que toda esta discusión desenfoca lo que es crucial para resolver de modo ecuánime el caso. En efecto, la cuestión no es, como pretende presentarse, si las empresas productoras de electricidad ganan ofertando de una determinada manera y pierden si lo hacen de otra. La cuestión que aquí ha de dilucidarse es si las empresas encausadas, todas ellas dominantes en sus respectivas zonas en el suministro para resolver restricciones técnicas, se separaron o no de la legalidad en las fechas de autos, mediante la aplicación de precios excesivos, para alcanzar sus fines. Y aclarar tan decisiva cuestión exige examinar el marco legal que regula el sector eléctrico.
51. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del sector eléctrico, ordena éste a partir, como elemento principal, de la configuración de un *mercado mayorista organizado* cuyas características establece la propia Ley y que se fundamentan en el principio de la libre competencia. Esta declaración según la cual este mercado organizado se asienta sobre el

principio de la libre competencia entre los participantes se hace expresamente en la Exposición de Motivos y luego se ve concretada en el articulado de la Ley. El legislador atribuye gran importancia a esta cuestión, lo que le lleva a reiterar, en el propio preámbulo de la Ley, que es necesario garantizar que el funcionamiento del sistema eléctrico se *produzca sin abusos de posición de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia*. Coherente con esa preocupación, la Ley dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (hoy Comisión Nacional de Energía) de facultades específicas y arbitra su colaboración con las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la competencia.

52. Toda la arquitectura del mercado eléctrico organizado en la Ley 54/1997 se ve animada por la preocupación de que los principios de la libre competencia sean respetados, de tal suerte que el diseño que se establece en la Ley está orientado a que el proceso de formación de los precios en el mercado sea limpio y sin interferencias. Por eso, considerando que la demanda en este mercado es inelástica al precio en el corto plazo, la Ley obliga a que concorra la práctica totalidad de la oferta disponible para que, siendo racionales y respetuosos con las reglas de juego legalmente establecidas, demandantes y oferentes actúen de modo tal que den lugar a unos precios que reflejen fielmente la realidad económica subyacente. El mercado será así el más eficiente posible dentro del entorno predeterminado por el legislador.
53. Pero el proceso descrito podría verse falseado y los precios resultantes no ser los que la competencia determinara si en el mercado acontecieran cualesquiera de los siguientes sucesos: uno, que los oferentes rehusaran participar en el mercado; dos, que las ofertas se presentaran a unos precios superiores a los previstos por el sistema (costes variables) tales que cupiera esperar su no casación en el mercado diario. En ambos casos, se conculcarían las reglas de competencia del mercado y se adulteraría el proceso de formación de los precios en perjuicio de los demandantes, que habrían de pagar unos precios más altos que los que se hubieran producido espontáneamente sin falseamientos en su proceso de formación. Como resulta evidente, este falseamiento de la competencia en el mercado adquiriría mayor gravedad si se hubiera efectuado con el propósito de obtener de esta actuación unos beneficios extraordinarios, que serían ilícitos.
54. Falseamientos del proceso de formación de los precios como los apuntados suponen violentar la libre competencia y los principios en que ésta se inspira. En los mercados, esta violencia puede hacerse de dos

modos. Un modo es hacerlo mediante colusión, lo que sucede cuando varios oferentes se conciertan para atender contra la libre competencia; esta conducta está prohibida por el art. 1 LDC. Otro modo de hacerlo es mediante la comisión de un abuso de posición de dominio, que es lo que sucede cuando uno o varios operadores que, individual o conjuntamente, dispone o disponen de una posición de dominio en el mercado, y prevaliéndose de ella y de la relativa independencia de comportamiento que la misma implica, imponen unas condiciones (unos precios, por ejemplo) que permiten obtener ventajas que no serían asequibles en régimen de libre competencia; cualquiera de estas conductas las prohíbe el art. 6 LDC.

55. En el expediente que es objeto de este procedimiento, la imputación no ha sido por conductas colusorias ni se han acreditado en el mismo las condiciones exigibles para que se haya producido una conducta abusiva de posición de dominio que pueda calificarse de colectiva. Pero sí está acreditado de forma completamente satisfactoria que todas y cada una de las empresas imputadas decidieron ofertar en el mercado diario a unos precios mucho más elevados de los que el sistema prevé, marcando con éstos una diferencia tal que fuera razonable esperar que esas ofertas deliberadamente restringidas hubieran de pasar a atender (como así sucedió) necesidades de suministro para resolver restricciones técnicas en las zonas donde cada empresa imputada goza de monopolio, lo que colocó a cada una de estas empresas automáticamente en condiciones de obtener unos beneficios extraordinarios ilegítimos.
56. Este comportamiento ha de calificarse, sin asomo de duda, como un abuso de posición dominante, que han cometido todas y cada una de las empresas imputadas. Y no cabe argüir en su descargo que la letra de la ley no ha sido vulnerada porque éstas presentaran sus respectivas ofertas al mercado diario. En efecto, las autoras presentaron sus ofertas cumpliendo la letra de la Ley, pero vulneraron completamente su espíritu porque, al hacerlo a precios injustificada y artificialmente elevados, falsearon en su propio beneficio un proceso de formación de los precios competitivo querido por la Ley, prevaliéndose de que los demandantes afectados por las restricciones técnicas no tenían más remedio que pagar esos precios impuestos.
57. En definitiva y por lo que respecta a la Ley de Defensa de la Competencia, cuya aplicación compete al Tribunal, éste considera acreditado que las empresas responsables de las centrales sobre las que ha recaído el expediente han infringido el art. 6, al abusar cada una de ellas de su respectiva posición de dominio en el mercado, por lo que procede

declararlo así e imponerles las correspondientes sanciones y la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución.

58. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la LDC, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos. Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan los arts 1, 6 y 7 LDC multas de hasta 901.518, 16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución.

59. La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

60. En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar para el cese de este tipo de conductas y también multar, porque la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de las empresas imputadas no ofrece ninguna duda.

61. Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de las sanciones, el Tribunal ha atendido a la importancia de la infracción, teniendo en cuenta los criterios que le impone el art. 10 LDC y hace constar, en este sentido, lo siguiente:

a) En cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, se impone señalar que las conductas cometidas perjudican la formación de los precios con arreglo a los principios de la libre competencia en el mercado eléctrico y deben ser evitadas.

b) En relación con la dimensión del mercado afectado, son varias las zonas geográficas del mercado peninsular en que el suministro para resolver restricciones técnicas se ha visto directamente afectado y también se ha visto afectado todo el mercado peninsular.

c) Respecto de la cuota de las centrales afectadas es la totalidad de cada zona donde las empresas imputadas gozaron de monopolio los días de autos en el abastecimiento eléctrico para resolver restricciones técnicas.

d) Por lo que se refiere al efecto de la restricción sobre la competencia, hay que señalar que la retirada estratégica del mercado diario afectó tanto al precio con que se resolvieron las restricciones técnicas como al precio de toda la electricidad consumida en el mercado peninsular.

e) En relación a la duración de la restricción de la competencia, las conductas prohibidas acreditadas se refieran a tres días del mes de noviembre de 2001.

f) Por lo que se refiere a la reiteración de las imputadas en la realización de las conductas prohibidas, en el expediente no consta la misma aunque, en términos de defensa, los interesados hayan intentado justificarlas como algo natural y, consecuentemente, habitual.

62. El Tribunal, atendiendo a todas las circunstancias del caso, fija la cuantía de la sanción en 901.518, 16 euros por cada empresa responsable.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

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 Iberdola 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., Iberdola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. para que se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.
- Septimo.-** Ordenar a Endesa Generación S.A., Iberdola 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., Iberdola 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., Iberdola 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., Iberdola 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.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo sólo susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.