



RESOLUCIÓN (Expte. 601/05, IBERDROLA CASTELLÓN) (Corregida de acuerdo a Providencia de 16 de marzo de 2007)¹

PLENO

Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. M. Jesús González, Vocal
D^a. Inmaculada Gutiérrez, Vocal

En Madrid, a 8 de marzo de 2007.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador 601/05 Iberdrola Castellón -número 2560/04 del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC, el Servicio)-, iniciado de oficio, por presuntas conductas prohibidas por el art.6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) contra IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. UNIPERSONAL (IBERDROLA GENERACIÓN, IBERDROLA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de mayo de 2004 se recibió en el Servicio escrito enviado por D. Pedro Meroño Vélez, presidente de la Comisión Nacional de la Energía (CNE, la Comisión), remitiendo el Acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la CNE el 13 de mayo de 2004, junto con el documento titulado "Informe sobre la actuación de IBERDROLA con respecto a su central de Castellón en el mercado de producción de energía eléctrica durante el año 2003". El Informe pone en conocimiento

¹ Las palabras marcadas con * están corregidas de acuerdo a la Providencia de 16 de marzo de 2007, que se encuentra al final de documento.



del SDC una serie de hechos que podrían ser constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/99 de 28 de diciembre. En concreto, los hechos que denuncia la CNE son los siguientes:

- Desde el 18 de diciembre de 2002 hasta el 27 de mayo de 2003 IBERDROLA deja de ser despachado con regularidad en el Mercado Diario.
 - El 27 de mayo, los precios del mercado diario aumentan e IBERDROLA comienza a generar para el mercado diario hasta el 23 de octubre del mismo año, en que los precios del diario disminuyen.
 - En los dos periodos de no casación en el diario, IBERDROLA ha funcionado en régimen de restricciones técnicas.
 - Existe monopolio local para IBERDROLA en cuanto a la generación para solucionar restricciones técnicas.
 - Sus ingresos en concepto de generación en contexto de restricciones técnicas son superiores a los que habría obtenido de haber generado en el mercado diario, al comparar esos mismos días con grupos de generación del mismo tipo y empresa, por ejemplo Castejón 2, también de IBERDROLA y de la misma tecnología de producción, esto es, centrales de ciclo combinado de gas natural.
2. El 3 de noviembre de 2004 el SDC incoa de oficio el expediente sancionador nº 2560/04 contra IBERDROLA GENERACION S.A. UNIPERSONAL por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 6 de la LDC, al estimar que en el escrito de la Comisión existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC relativas a la actuación de Castellón 3.
3. El 27 de diciembre de 2004 se recibió en el SDC nuevo escrito enviado por D. Pedro Meroño Vélez, Presidente de la Comisión Nacional de la Energía, remitiendo el Acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la CNE el 10 de siembre de 2004, junto con el documento titulado "Informe sobre la actuación de VIESGO, ENDESA e IBERDROLA con respecto a las centrales de Algeciras, Colón y Escombreras en el mercado de producción de energía eléctrica durante el año 2003". El Informe pone en conocimiento del SDC una serie de hechos que podrían ser constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/99 de 28 de diciembre.



Este informe se registró con el número 2582/04. En concreto los hechos que denuncia la CNE con respecto a IBERDROLA es que *“existen indicios de abuso de posición dominante por parte de IBERDROLA con respecto a la participación de Escombreras 4 y Escombreras 5 en el mercado de producción de energía eléctrica durante el año 2003”*. Añade la CNE en su informe que estos hechos son similares a los expuestos por la CNE en anteriores informes remitidos al Servicio, entre los que cita el *“Informe sobre la actuación de IBERDROLA con respecto a su central de Castellón en el mercado de producción de energía eléctrica durante el año 2003”*, que es el que origina la incoación del presente expediente.

4. El 17 de enero de 2005, el SDC acuerda escindir del expediente 2582/04 la parte que corresponde a las actuaciones contra IBERDROLA, y en concreto con respecto a los grupos de generación Escombreras 4 y Escombreras 5, numerarlas con el nº 2584/04, y acumularlo al expediente sancionador número 2560/04.
5. El 7 de octubre de 2005, tras realizar las actuaciones pertinentes para la instrucción del correspondiente expediente sancionador, el SDC formula el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), en el que se exponen los siguientes hechos acreditados:

“A continuación, se describen los hechos acreditados en el expediente de referencia en cada uno de los mercados definidos y para cada uno de los grupos investigados de la empresa IBERDROLA GENERACION durante los períodos señalados. (Cuadros, gráficos y notas a pie de pagina no han sido incluidos).

1. ***Durante el periodo investigado, los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario de las centrales investigadas de IBERDROLA GENERACION se situaron por encima de los precios medios ponderados diarios del mercado diario.***

El precio medio ponderado diario de las ofertas al mercado diario (PMP) refleja el precio medio de la energía ofertada al pool y constituye una buena referencia del precio de las ofertas ya que, aunque no se corresponde exactamente con el precio que se utilizaría para determinar si un grupo en concreto es o no casado, sí permite evaluar la intencionalidad de la oferta

*Por otro lado, el precio medio diario ponderado del mercado diario (P*MD) es una referencia válida sobre cuál ha sido el precio marginal de la subasta en un determinado día, teniendo en cuenta el precio marginal de cada hora y ponderado por la energía casada en dicha hora*



• *Castellón 3:*

*En el siguiente gráfico se compara la evolución de los precios medios ponderados resultado de la casación (P*MD) y los precios medios de las realizadas por Castellón 3 (PMP) desde el 18/12/02 hasta el 31/12/03:*

.....

*Como se observa en el gráfico, los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) de la central de Castellón 3 durante los períodos investigados se situaron muy por encima de los precios medios ponderados diarios del mercado diario (P*MD):*

- *Entre el 18/12/02 y el 27/05/03, el promedio de los P*MD fue de 2,288 c€/kWh, mientras que el promedio de los PMP fue de 6,066 c€/kWh (un 165% superior).*
- *Entre el 23/10/03 y el 31/12/03, el promedio de los P*MD fue de 2,544 c€/kWh, mientras que el promedio de los PMP fue de 5,065 c€/kWh (un 99% superior).*

• *Escombreras 4:*

*En el siguiente gráfico se compara la evolución de los precios medios diarios ponderados resultado de la casación (P*MD) y los precios medios de las ofertas realizadas por Escombreras 4 (PMP) desde el 1/01/03 hasta el 31/12/03:*

.....

*Como se observa en el gráfico, los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) de la central de Escombreras 4 durante el periodo investigado se situaron muy por encima de de los precios medios ponderados diarios de! mercado diario (P*MD). En el año 2003, el promedio de los P*MD fue de 2,969 c€/kWh, mientras que el promedio de los PMP de Escombreras 4 fue de 10,801 c€/kWh (un 264% superior).*

• *Escombreras 5:*

*En el siguiente gráfico se compara la evolución de los precios medios diarios ponderados resultado de la casación (P*MD) y los precios medios de las ofertas realizadas por Escombreras 5 (PMP) desde el 1/01/03 hasta el 31/12/03:*

....

Como se observa en el gráfico, los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) de la central de Escombreras 5 durante el periodo investigado se situaron muy por



*encima de de los precios medios ponderados diarios del mercado diario (P*MD). En el año 2003, el promedio de los P*MD fue de 2,969 c€/kWh, mientras que el promedio de los PMP de Escombreras 5 fue de 10,728 c€/kWh (un 261% superior).*

- 2. Durante los respectivos periodos investigados, las centrales de Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 resultaron casadas en muy pocas ocasiones en el mercado diario.**

Como se observa en la siguiente tabla, en los periodos investigados las centrales de IBERDROLA GENERACION casaron en el mercado diario en muy pocas ocasiones y con menor frecuencia que en los periodos inmediatamente anteriores:

...

- 3. Durante los respectivos periodos investigados, los precios del mercado diario fueron, en media, inferiores a los de periodos inmediatamente anteriores.**

*En la siguiente tabla se muestran los valores promedio de los precios medios ponderados del mercado diario (P*MD) de los periodos investigados para cada central y de los periodos inmediatamente anteriores:*

....

- 4. Durante los respectivos periodos investigados, las centrales de Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 fueron programadas sistemáticamente para resolver restricciones técnicas.**

En efecto, durante el periodo investigado, las centrales de IBERDROLA GENERACION fueron llamadas a resolver restricciones técnicas en un porcentaje de días muy elevado, como se observa en la siguiente tabla:

...

- 5. Durante el periodo investigado, el grado de incertidumbre sobre la posibilidad de ser llamado a resolver restricciones técnicas era bajo, ya que las estimaciones de la demanda a nivel nacional, que son publicadas por REE con anterioridad a la presentación de ofertas, tienen un margen de error muy bajo.**

En la siguiente tabla se presenta el margen porcentual de error de las previsiones de la demanda nacional con respecto a sus valores



reales en los días en que las centrales de IBERDROLA fueron programadas por restricciones técnicas de la zona:

...

El error de previsión de la demanda nacional se situó, en promedio de los valores absolutos, en el 1,7% en el caso de Castellón 3, en el 1,6% en el de Escombreras 4 y en el 1,4% en el de Escombreras 5. Los errores máximos de previsión fueron del 9,7%, -7% y -7%, respectivamente. Estos son porcentajes muy bajos, lo que implica una fiabilidad de la estimación de REE de la demanda nacional superior al 90%.

- 6. Los días en los que las centrales de IBERDROLA GENERACION fueron programadas para resolver restricciones técnicas durante los respectivos períodos investigados, los precios medios ponderados diarios de sus ofertas (PMP) fueron, en media, muy superiores a sus costes variables revelados (CVR) y, en algunos días en concreto, la diferencia es inusualmente elevada.**

Todo productor que se comporte de manera racional ofertará su energía, como mínimo, a su coste variable medio, puesto que obtendría pérdidas si lo hiciera por debajo. De esta forma, cuando una central casa una oferta en el mercado diario está revelando que el precio marginal del mercado es igual o superior a su coste variable medio, ya que, para que dicha oferta case, el precio de la misma debe ser inferior o igual al marginal. Por tanto, los precios marginales del mercado diario en los días en los que una central casa sus ofertas revelan un coste variable medio máximo.

De esta forma, se ha seguido el método, indicado por el TDC, de utilizar como referencia los costes variables revelados (CVR), calculados como un promedio de los precios medios ponderados diarios del mercado diario (P*MD) de los días inmediatamente anteriores al periodo investigado en los que las centrales casaron en el mercado diario, excluyendo aquellos días en los que todavía no se había cubierto el derecho de cobro por garantía de potencia.

....

. Castellón 3:

En el caso de la central de Castellón 3, el CVR fue de 4,099 c€/kWh, siendo los precios medios ponderados de las ofertas (PMP) muy superiores. En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP durante el periodo investigado y el CVR:

...



Como se observa en el gráfico, los PMP fueron muy superiores, en media, al CVR durante los dos periodos analizados.

Asimismo, en la siguiente tabla se muestra la diferencia entre los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) y los costes variables revelados (CVR) de Castellón 3 en los días en los que esta central fue llamada para resolver restricciones técnicas:

...

En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP y el CVR en los días del período investigada en los que Castellón 3 fue programada por restricciones técnicas:

...

Como se observa en la tabla y en el gráfico, la diferencia entre los PMP diarios de Castellón 3 y su CVR se situó, en promedio, en un 43,64%. El 18 de mayo de 2003, no obstante, el PMP fue superior al CVR en un 190,81%, porcentaje muy elevado en relación al resto del mes, en el que ningún día se superó el 80% de diferencia (la segunda mayor diferencia del mes tuvo lugar el 25 de mayo, con un 77,81%).

• *Escombreras 4:*

*El CVR (promedio de los P*MD de los días casados entre el 1/07/02 y el 31/12/02) fue de 4,651 c€/kWh, siendo los precios medios ponderados de las ofertas (PMP) muy superiores.*

En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP durante el periodo investigado y el CVR:

...

Como se observa en el gráfico, los PMP fueron muy superiores, en media, al CVR durante el periodo analizado.

Asimismo, en la siguiente tabla se muestra la diferencia entre los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) y los costes variables revelados (CVR) de Escombreras 4 en los días en los que esta central fue llamada para resolver restricciones técnicas:

...

En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP y el CVR en los días del período investigado en los que Escombreras 4 fue programada por restricciones técnicas:

...



Como se observa en la tabla y en el gráfico, la diferencia entre los PMP diarios de Escombreras 4 y su CVR se situó, en promedio, en un 122,21%. En los meses de febrero y junio de 2003, se aprecia una diferencia mayor (146,34% y 154,24%, respectivamente), si bien no se observa ninguna oferta diaria concreta excesivamente inusual respecto a las del resto del período.

• *Escombreras 5:*

*El CVR (promedio de los P*MD de los días casados entre el 1/07/02 y el 31/12/02) fue de 4,725 c€/kWh, siendo los precios medios ponderados de las ofertas (PMP) muy superiores.*

En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP durante el periodo investigado y el CVR:

...

Como se observa en el gráfico, los PMP fueron muy superiores, en media, al CVR durante el periodo analizado.

Asimismo, en la siguiente tabla se muestra la diferencia entre los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario (PMP) y los costes variables revelados (CVR) de Escombreras 5 en los días en los que esta central fue llamada para resolver restricciones técnicas:

...

En el siguiente gráfico se observa la diferencia entre los PMP y el CVR en los días del período investigado en los que Escombreras 5 fue programada por restricciones técnicas:

...

A partir de la tabla y en el gráfico, se observa que la diferencia entre los PMP diarios de Escombreras 5 y su CVR se situó, en promedio, en un 125,35%. Esta diferencia es especialmente relevante en el caso de la oferta del 13 de noviembre de 2003, cuyo PMP superó al CVR en un 292,5%. Adicionalmente, se produjeron diferencias significativas en los meses de febrero, mayo y junio de 2003, donde el promedio se situó en 152,49%, 170,05% y 145,46%.

- 7. En los días señalados en el hecho 6 (18 de mayo de 2003 y 13 de noviembre de 2003) en los que la diferencia entre los precios medios ponderados ofertados (PMP) y el coste variable revelado (CVR) de las centrales de IBERDROLA GENERACION es inusualmente elevada, dicha diferencia no se explica por incrementos en el coste de combustible.**

• *Castellón 3:*



La central de Castellón 3 emplea gas natural como combustible para la producción de energía eléctrica. A este respecto, la CNE afirma que “Los ciclos combinados de gas contratan su suministro en condiciones de libre mercado, habitualmente mediante con tratos a LP, que no suelen estar sujetos a las fluctuaciones y tensiones puntuales de precios, que hay de los mercados spot.

Asimismo, señala que “no se dispone de ninguna referencia de precios cotizados en mercados suficientemente líquidos y representativos de la contratación de gas por los grandes consumidores en España” y que existen diferencias significativas entre los precios del gas natural contratado por las centrales de ciclo combinado (como Castellón 3), que son los del mercado libre, y por las centrales biocombustibles, que son a tarifa de suministro interrumpible. No obstante, la CNE considera que «en ausencia de otra referencia mejor, puede utilizarse la evolución de la tarifa como estimador de la evolución relativa de los precios del gas natural a lo largo del tiempo.’

En el siguiente gráfico se observa la evolución de los precios de la tarifa interrumpible del gas natural:

...

Durante el periodo investigado, los precios del gas natural siguen una trayectoria ligeramente descendente, pasando de los 17,1 €/MWh en noviembre de 2002 hasta los 15,5 €/MWh a partir de julio de 2003.

• *Escombreras 4 y Escombreras 5:*

Las centrales de Escombreras 4 y Escombreras 5 utilizan como fuente de energía primaria el fuel-oil. En el siguiente gráfico se observa la evolución de los precios medios mensuales del fuel tipo 1% LSFO Cargoes Platt’s High como referencia mínima del precio del fuel para estas centrales, según la CNE

...

En el gráfico se observa una inestabilidad acusada de los precios del fuel-oil a lo largo de 2002 y 2003. En promedio, no se comprueba una variación significativa de los precios entre estos dos años: el nivel promedio de precios en 2002 fue de 13,75 €/MWh, y en 2003 de 13,95 €/MWh. Sin embargo, la volatilidad de los precios medios mensuales fue más acusada en 2003 que en 2002.

6. El 10 de octubre de 2005 y el 27 de octubre de 2005 IBERDROLA presenta escritos de alegaciones, el último de ellos contestando al Pliego de Concreción de Hechos.



7. El 2 de noviembre de 2006 el SDC emite su Informe-Propuesta en el que propone al TDC lo siguiente:

Primero.- Que se declare la existencia de la conducta prohibida consistente en la infracción del artículo 6 de la LDC por parte de IBERDROLA GENERACION S.A. UNIPERSONAL, por abusar de su posición de dominio en los mercados de suministro eléctrico en un contexto de restricciones técnicas en la zona de Levante, durante los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2003, mediante la aplicación de precios abusivos.

Segundo.- Que se intime a IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. UNIPERSONAL para que en el futuro se abstengan de realizar prácticas prohibidas semejantes.

Tercero.- Que se ordene a IBERDROLA GENERACIÓN S.A. UNIPERSONAL 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 adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.

8. El 3 de noviembre de 2005 tiene entrada en el TDC el escrito de remisión del expediente nº 2560/04 instruido por el SDC, junto con el escrito de IBERDROLA de entrada en el SDC el 2 de noviembre formulando alegaciones complementarias al Pliego, fuera de plazo y cuando ya había sido redactado el Informe Propuesta.
9. El 14 de noviembre de 2005 se admite a trámite el expediente con el nº 601/05 y se nombra ponente a D^a. Pilar Sánchez Núñez, dando plazo de 15 días para que se proceda a la proposición de las pruebas que estimen necesarias y solicitar la celebración de vista.
10. El 30 de noviembre IBERDROLA solicita una ampliación de plazo de 8 días hábiles para la proposición de prueba. Esta solicitud fue aceptada y atendida por providencia de 30 de noviembre. Finalmente, el 19 de diciembre de 2005 IBERDROLA presenta escrito de proposición de prueba y vista.
11. El 30 de mayo de 2005 el TDC resuelve por Auto sobre la prueba y vista, aceptando una serie de propuesta de pruebas y no considerando oportuno celebración de Vista pública.



12. El 15 de junio de 2006 IBERDROLA contesta al Auto de Prueba y Vista, dando lugar a una Providencia de 28 de junio de 2008 aclarando algunas cuestiones sobre la interpretación del Auto. Sobre esta providencia IBERDROLA presenta nuevas alegaciones, el 17 de julio de 2006, sobre la decisión del Tribunal en materia de su solicitud de prueba y vista.
13. El 20 de julio de 2006 el Tribunal, sobre la base del art.41.1 de la LDC da trámite a IBERDROLA para que presente conclusiones en el plazo de 15 días. IBERDROLA acusa recibo el 27 de julio de 2006
14. El 16 de agosto IBERDROLA presenta conclusiones finales al Tribunal.
15. El 6 de octubre de 2006 el Tribunal interrumpe el plazo de resolución del expediente, al amparo del artículo 56.2 en relación con el 42 ambos de la LDC, por la necesidad de realizar una serie de diligencias para mejor proveer. Estas diligencias consistieron en solicitar a REE y a OMEL una serie de datos, que atendiendo a su naturaleza se clasifican en: (1) datos técnicos e históricos de las unidades de generación imputadas (Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 y (2) el resultado de una serie de simulaciones propuestas por el Tribunal para ver cual habría sido el precio final del mercado diario si estas unidades hubiesen hecho ofertas con intención de generar en el diario.
16. El 24 de octubre de 2006 IBERDROLA se dirige al Tribunal para expresar su consideración sobre las diligencias para mejor proveer realizada por el Tribunal y suplicar al Tribunal una resolución exculpatoria de IBERDROLA.
17. El 25 de octubre de 2006 REE y OMEL solicitan ampliación de plazo para dar respuesta a la solicitud de datos recibida, solicitud atendida por el Tribunal ampliando el plazo.
18. La respuesta a esta información ha sido recibida en el Tribunal en distintos momentos, que se resumen a continuación:
 - El 21 de noviembre de 2006 y el 22 de noviembre de 2006, REE y OMEL dan respuesta a parte de la información solicitada por el Tribunal, en concreto la referida a datos técnicos e históricos de las unidades de generación. Sobre el resto de la información solicitada, en concreto sobre las simulaciones, OMEL comunica que la contestación requiere la contratación de un desarrollo informático "ad hoc" que ya se está tramitando. De esta información se le remitió copia a IBERDROLA el 29 de noviembre de 2006.



- El 12 de diciembre de 2006 OMEL entrega los resultados de la simulación propuesta para la unidad de generación de Castellón 3, e informa que las simulaciones restantes serán entregadas al Tribunal no más tarde del 18 de diciembre de 2006. El 14 de diciembre de 2006 el Tribunal remite a IBERDROLA copia de dicha información.
 - El 19 de diciembre de 2006 OMEL envía nueva documentación y manifiesta que *“se remite documentación comprensiva del resto de la documentación solicitada mediante Providencia para mejor proveer cursada por ese Tribunal el pasado 6 de octubre de 2006”*. A la vista de este escrito, en el que OMEL manifiesta que da por concluida la entrega de documentación solicitada por el Tribunal, se le remite el 20 de diciembre de 2006 copia de la misma a IBERDROLA, concediéndole además el plazo improrrogable de 15 días para que formulen alegaciones. El mismo 20 de diciembre de 2006 se recibe, a través del Servicio, cierta información que pretende ser una copia de la enviada al Tribunal el 19 de diciembre de 2006. No obstante, analizada la supuesta copia se detecta que es información nueva, ya que contiene dos veces la información referente a la central de Escombreras 4, mientras que la entregada inicialmente al Tribunal en el día anterior contenía dos veces la información referida a la central de Escombreras 5.
19. El 26 de diciembre de 2006 IBERDROLA se dirige al Tribunal solicitándole una ampliación de diez días sobre el plazo inicialmente concedido. En el escrito presentado a tal fin se afirma: “En consecuencia, la concesión de un plazo de diez días a esta representación para evacuar el citado trámite en nada afectará al plazo para resolver del que dispone el Tribunal”.
20. El 26 de diciembre de 2006, el Tribunal con el objeto de subsanar el error anterior cometido en la documentación entregada por OMEL y teniendo en cuenta la solicitud de ampliación de plazo cursada por IBERDROLA, dicta nueva providencia, que anula la anterior, y remite a IBERDROLA la información adicional y le concede un plazo improrrogable de 20 días para que formulen alegaciones. Toda la información remitida a IBERDROLA se ha hecho mediante soporte electrónico y en copia de papel.
21. IBERDROLA presenta sus alegaciones a los resultados derivados de las diligencias para mejor proveer el día 19 de enero de 2007, por lo que



el plazo interrumpido para llevar a cabo la citada diligencia se reanuda desde el 20 de enero de 2007.

22. El 19 de enero se recibe también un escrito de OMEL en el que manifiesta que *“como continuación a nuestro escrito de 12 de diciembre de 2006 (s. 7180/12 DIC 2006) que con esa misma fecha tuvo entrada en el registro de ese Tribunal (E.12/12/2006 22292/RG 91890), adjunto se remite el resto de la documentación comprensiva de la información solicitada bajo el epígrafe 2 simulaciones para la unidad de generación de Castellón 3, de la providencia para mejor proveer cursada por ese Tribunal el pasado 6 de octubre de 2006, que por error fue omitida en el envío de información de 12 de diciembre de 2006. A este escrito se acompaña como documentación los resultados de la simulación llevados a cabo para la central de generación de Castellón 3 en el mes de mayo y en el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2003, que como manifiesta OMEL, por error, no fueron entregados el 12 de diciembre de 2006.*
23. El 18 de enero de 2007 el Tribunal dictó providencia por la que se acordó oír al instructor sobre una posible recalificación de la conducta de acuerdo con lo previsto en el art. 43 de la LDC, ya que encontrándose en fase de dictar resolución, estima que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. En efecto, los hechos imputados en el pliego de concreción de hechos podrían ser calificados como un abuso de posición de dominio consistente en que de una manera continuada en el tiempo, y desde una conocida posición de dominio, se estaría retirando capacidad de generación del mercado diario para colocar esa generación a unos precios muy superiores en el mecanismo de resolución de restricciones técnicas. La conducta se estaría llevando a cabo mediante una actuación que consistiría en realizar ofertas de generación al Operador del Mercado a unos precios superiores a los precios de casación del mercado diario del momento, y ello con el objeto de obtener un precio, al ser llamado a generar para solucionar restricciones técnicas, mayor que el que se derivaría de casar la oferta y la demanda ordinaria.
24. El 22 de enero de 2007 se realiza el trámite de audiencia al instructor previsto en el art.43 de la LDC. Así, el Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia del Servicio de Defensa de la Competencia, en la sede del Tribunal, examinado el expediente e informado sobre la propuesta de cambio de calificación contenida en la Providencia de Pleno, de 18 de enero de 2006, manifiesta que:
“Durante la instrucción en el Servicio, y con el fin de analizar la existencia o no de precios abusivos, se tuvieron en cuenta



exclusivamente los costes de operar en restricciones, sin analizar la posibilidad de que, además, la central rellenara en el mercado intradiario, reduciendo de este modo los costes de producción. Sin embargo, de haberse tenido en cuenta el coste de producción total, con independencia del mercado en el que se hubiera vendido finalmente la energía, el Servicio habría concluido que la práctica imputada habría sido continuada a lo largo del periodo investigado”.

25. Con fecha 25 de enero de 2007, el Tribunal dicta Auto sobre nueva calificación, en cuya parte dispositiva, además de afirmar que la conducta objeto del expediente puede ser susceptible de ser calificada bajo otra apreciación, se da traslado del Auto para formulación de alegaciones en el plazo de 15 días de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 de la LDC.

En este Auto se suspende el plazo para dictar Resolución desde su notificación hasta la presentación de alegaciones de la parte interesada, al amparo de lo previsto en el artículo 43 de la LDC.

26. El 26 de enero de 2007 la representación de Iberdrola presenta escrito de alegaciones frente al anterior Auto por el que solicita la revocación del Auto por carecer de base jurídica y por violar sus derechos de defensa y solicita que se ponga fin al expediente con una Resolución que declare que no se ha acreditado conducta alguna contraria a la LDC.

En la misma fecha se presenta escrito solicitando determinada documentación de OMEL en formato electrónico y pidiendo que el plazo de 15 días dado para alegaciones por el Auto de 25 de enero de 2007 se suspenda hasta la entrega de la documentación anteriormente referida. En este escrito se afirma: “La concesión de la suspensión solicitada del plazo de 15 días concedido a esta representación para efectuar alegaciones no afectará en modo alguno al plazo para resolver del que dispone el Tribunal puesto que el mismo se encuentra suspendido desde el 25 de enero de 2007, mediante el Auto de dicha fecha”.

27. El 31 de enero de 2007, por Providencia el Tribunal declara, en relación con los anteriores escritos, que no procede pronunciarse en ese momento sobre la revocación del Auto y que remite la documentación en formato electrónico y que acepta la petición de suspensión del plazo para alegaciones, todo ello en aras a facilitar el derecho de defensa de la parte.

28. Con fecha 19 de febrero de 2007 la Representación de Iberdrola presenta escrito en el que, manifiesta que el 16 de febrero ha



presentado en Correos el escrito de alegaciones a que se refería el Auto de 25 de enero de 2007 cuya copia se acompaña a los efectos de que el TDC tenga acceso a él lo antes posible.

En el anterior escrito Iberdrola propone determinados medios de prueba en relación con la recalificación. Dichos medios se admiten en esta Resolución en cuanto a la documental y se rechazan los demás por las razones que se desarrollan en el Fundamento de Derecho primero.

29. El Tribunal deliberó y falló sobre este asunto en sus sesiones plenarias de los días 1 y 7 de marzo de 2007.
30. Es interesado:

IBERDROLA GENERACIÓN S.A. UNIPERSONAL

HECHOS ACREDITADOS

1. Sobre la delimitación geográfica del mercado de restricciones técnicas, REE, en su respuesta al SDC (folio 1342) dice que” *Con respecto a la zona Levante-Norte, solamente ha sido posible la utilización de los grupos asociados a esta zona eléctrica para la resolución de las restricciones técnicas identificadas en la misma, si bien cabe señalar que la programación de grupos de la zona Levante-Sur, para resolver restricciones en su propia zona, puede, en ocasiones, aliviar en parte los problemas de sobrecarga identificados en la zona Levante-Norte*”. Por lo tanto, de las afirmaciones del operador del sistema, institución competente en la resolución de restricciones técnica, se confirma que existe una zona geográfica delimitada como Levante-Norte, ya que sólo las unidades de generación en ella ubicadas pueden resolver sus problemas de restricciones técnicas. Se señala que las unidades de generación de la zona Levante-Sur pueden contribuir a aliviar problemas de sobrecarga. Aliviar no significa resolver, y además se refiere a problemas de sobrecarga, no a problemas de subtenión, que son los que requieren acoplar generación. Esto solo lo pueden hacer los grupos de generación ubicados dentro de la zona. La propia limitación técnica es la que delimita el mercado afectado. Por ese motivo el alcance de la propia limitación técnica es lo que delimita la dimensión geográfica del mercado.

En cuanto a la zona Levante-Sur, continúa REE diciendo: “*teniendo en cuenta el carácter local de los problemas de subtenión en la red de 220 kV de la zona Levante-Sur, solamente ha sido posible la utilización de*

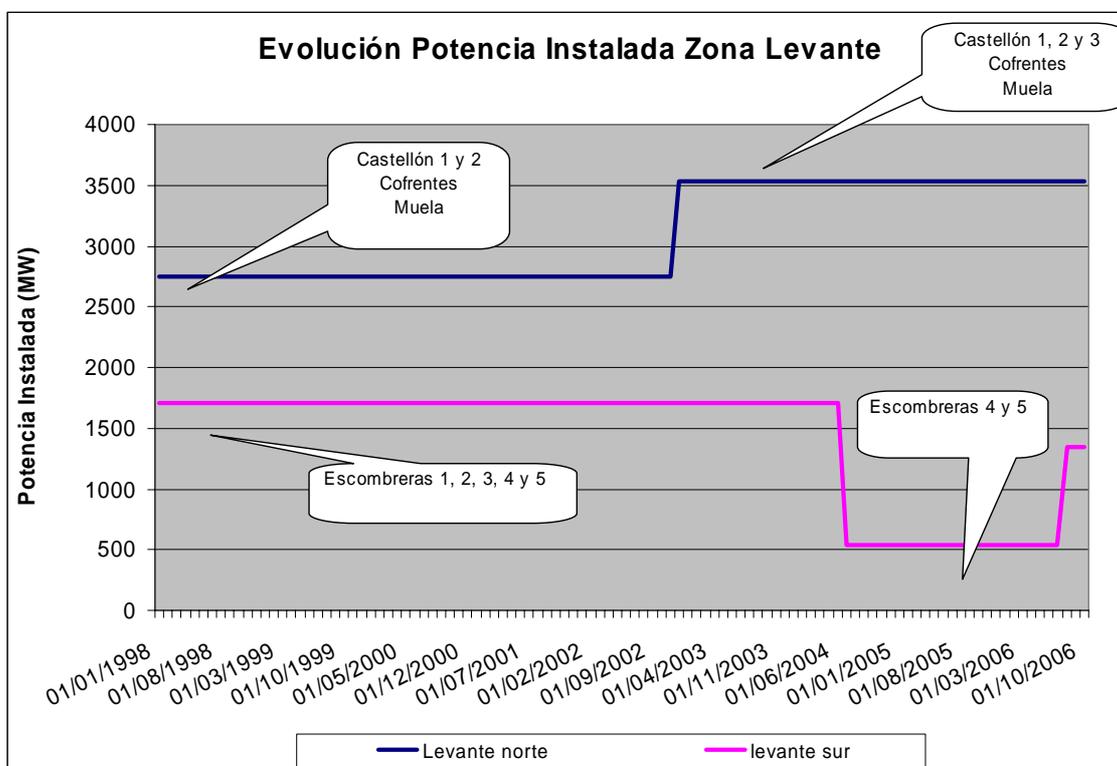


los grupos asociados a esta zona para la resolución de las restricciones técnicas identificadas en la misma”.

Por lo tanto queda acreditada la delimitación geográfica señalada por REE como Levante-Norte y Levante-Sur a efectos del análisis de la presente resolución.

2. Como muestra el Gráfico 1 aportado por REE, las unidades de generación ubicadas en la zona Levante-Norte son las centrales Castellón 1, Castellón 2, Cofrentes, y la Muela hasta el año 2002, incorporándose en abril, aunque en pleno funcionamiento desde octubre de 2002, la nueva central Castellón 3. En la zona de Levante-Sur las unidades ubicadas son Escombreras 1, 2, 3, 4 y 5. Todas ellas pertenecen a IBERDROLA, y por lo tanto queda acreditada la posición de dominio de IBERDROLA en el mercado de las restricciones técnicas de Levante-Norte y Levante-Sur. Por ser la única que puede resolverlas

Gráfico 1: Evolución de la Potencia instalada en la zona Levante



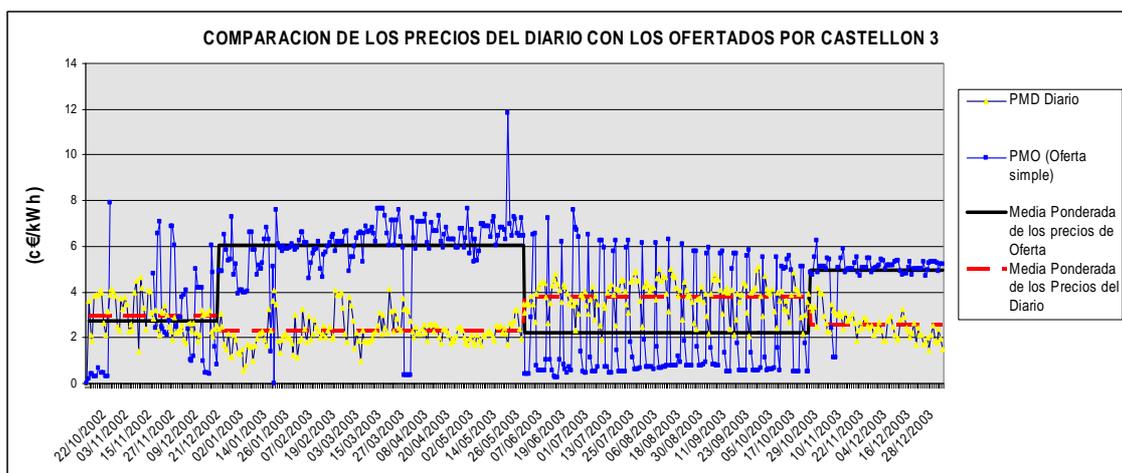
Fuente: REE. Aportado en el expediente

3. Durante los períodos investigados en el presente expediente, esto es, año 2003 para las centrales de Escombreras 4 y 5 y los dos períodos



imputados en el caso de la central de Castellón 3, se observa que los precios medios ponderados diarios de las ofertas que estas centrales han realizado al operador del mercado se han situado sistemáticamente por encima de los precios medios ponderados diarios del mercado diario. Por el contrario los períodos en los que presenta ofertas competitivas al mercado como son el año 2002 para Escombreras 4 y 5 y los períodos desde el 11 de octubre a 17 de diciembre de 2002 y 27 de mayo a 10 de octubre de 2003 para el caso de Castellón 3, los precios de estas ofertas al mercado se situaron sistemáticamente por debajo de los precios medios del mercado diario. Este comportamiento queda puesto de manifiesto en los gráficos 2.1, 2.2 y 2.3.

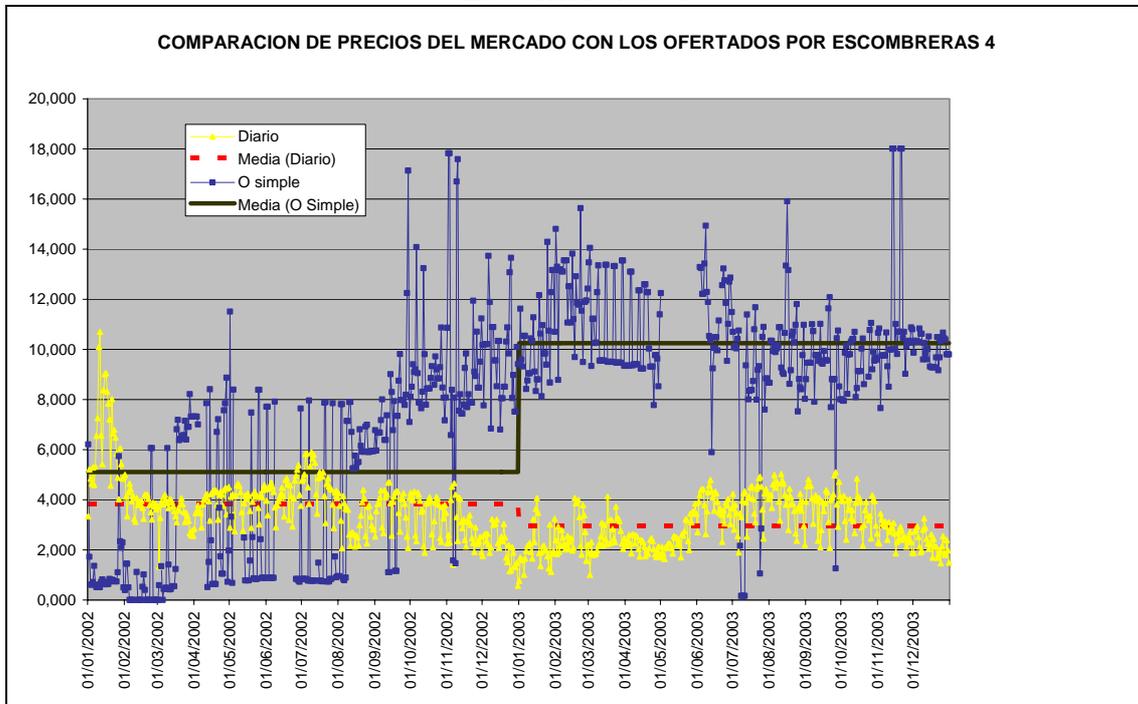
Gráfico 2.1: Comparación de los precios del diario con los ofertados para Castellón 3



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL



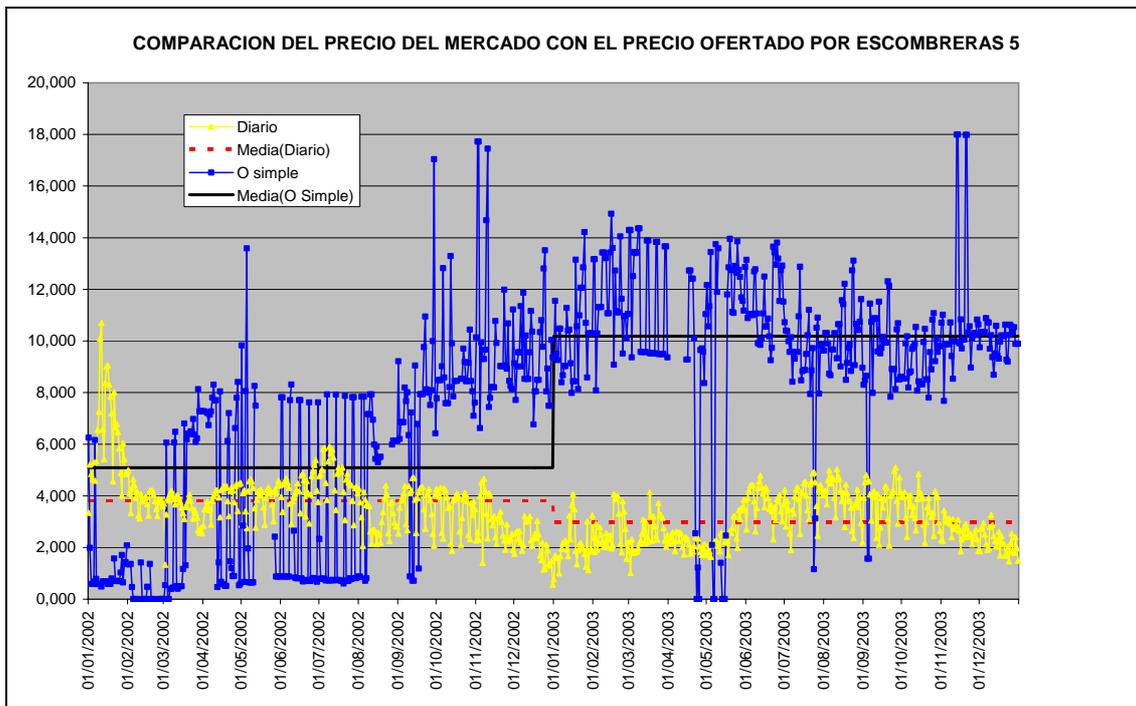
Gráfico 2.2: Comparación de los precios del diario con los ofertados por Escombreras 4



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL



Gráfico 2.3 Comparación de los precios del diario con los ofertados por Escombreras 5

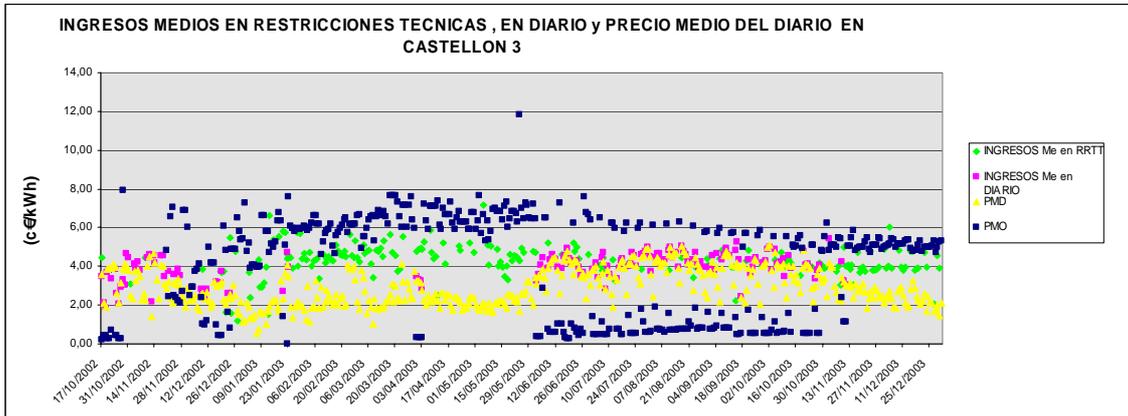


Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL

- De la información remitida por el operador del sistema y el operador del mercado (REE y OMEL), se concluye que la implementación de las estrategias descritas en los puntos anteriores, y denominadas estrategias de ofertas al mercado diario o estrategias de ofertas a restricciones técnicas, tiene como resultado preservar un nivel medio de ingresos superior al que obtendrían en condiciones de mercado. En el caso de Escombreras 4 y 5 se observa un nivel muy superior a los precios obtenidos en el mercado diario, estos resultados se pueden apreciar en los gráficos 3.1, 3.2 y 3.3 y en sus correspondientes cuadros 1.1, 1.2, y 1.3, en los que se encuentran los valores medios de cada una de las variables para cada períodos.

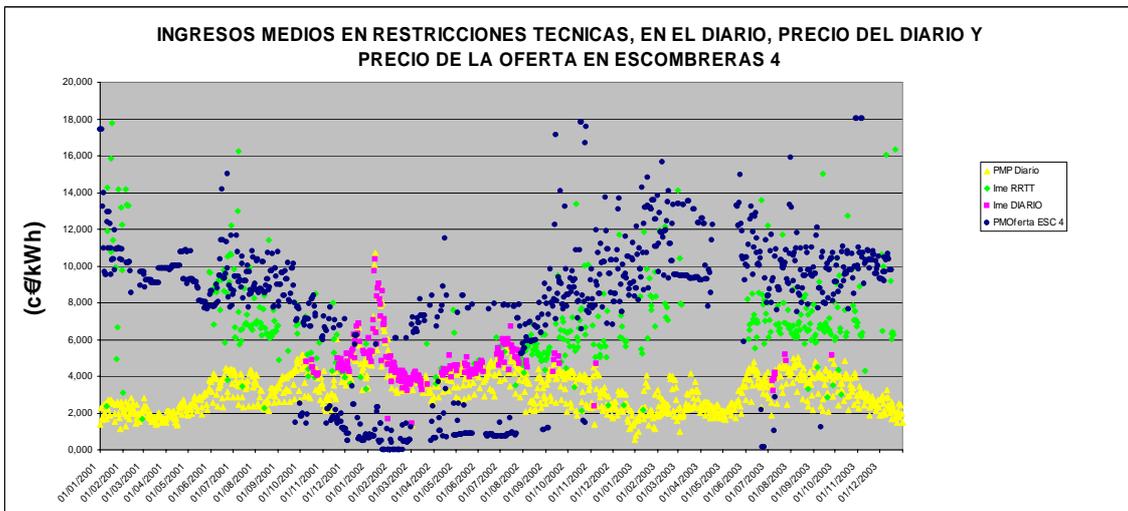


Gráfico 3.1: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de la oferta en Castellón 3



Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL

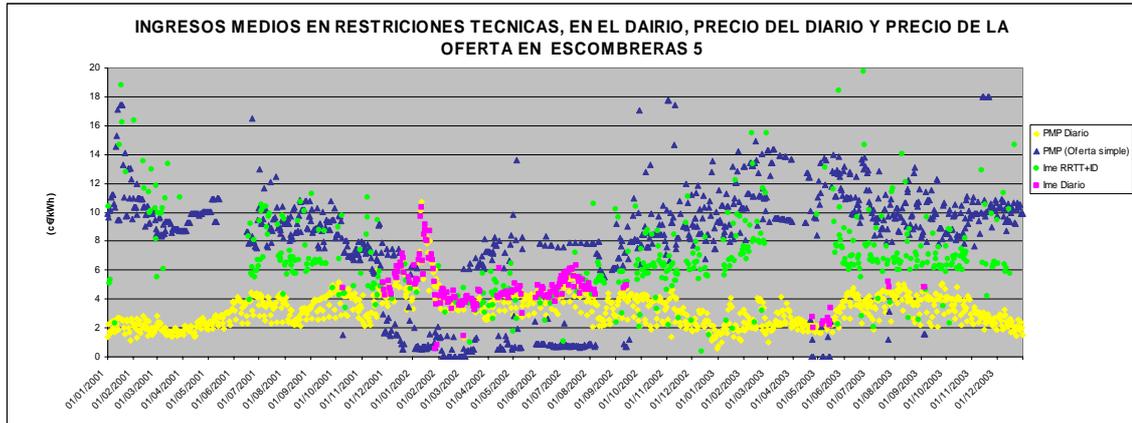
Gráfico 3.2: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de la oferta en Escombreras 4



Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL



Gráfico 3.3: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de la oferta en Escombreras 5



Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de los datos del expediente aportados por OMEL

CUADRO 1.1 Ingresos Medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Castellón.

	CASTELLÓN 3			PMP	PMO
	IMe(RRTT+ID)	IMe(Diario)	IMe(Totales)		
De 10 oct a 17 dic 2002	39,6	34,3	34,8	29,4	27,39
De 18 dic a 26 mayo 2003	44,3	34,8	43,7	22,8	60,3
De 27 mayo a 22 de 2003	40,8	40,7	42,3	37,9	22,4
De 23 oct a 31 dic 2003	40,8	39,9	40,8	25,4	49,8

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMEL. (€/Mwh)

CUADRO 1.2 Ingresos Medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Escombreras 4.

	ESCOBRERAS 4			
	IMe(RRTT+ID)	IMe(Diario)	IMe(Totales)	PMO
2001	75,7	51,9	70,5	85,8
2002	58,9	48,7	53,4	51,1
2003	74,6	42,9	72,9	10,2

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMEL. (€/Mwh)



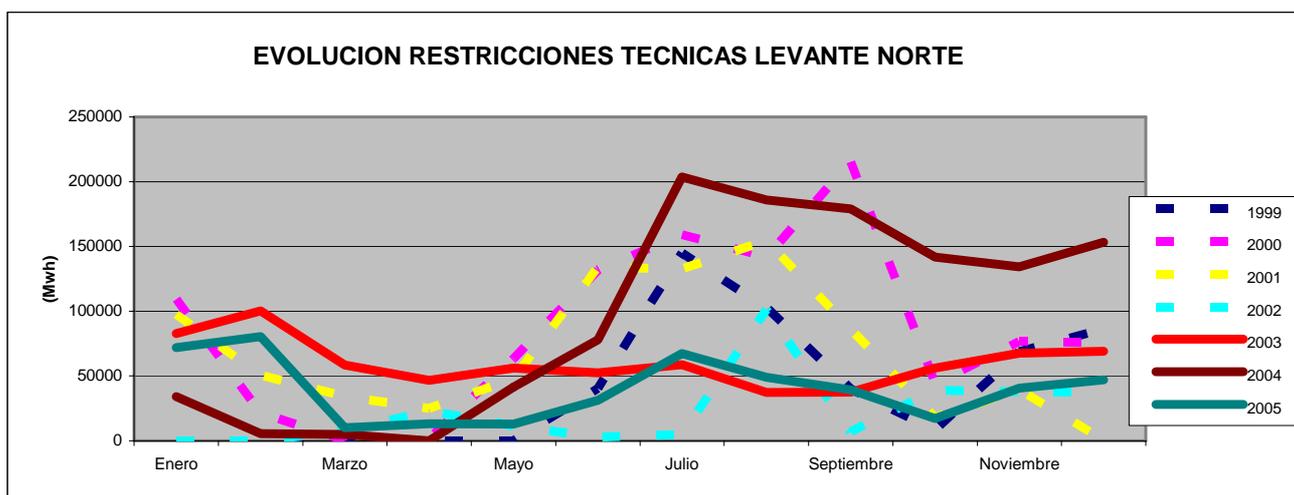
CUADRO 1.1 Ingresos Medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Escombreras 5

ESCOBRERAS 5					
	IMe(RRTT+ID)	IMe(Diario)	IMe(Totales)	PMO	PMP
2001	77,9	55,6	74,9	87,8	30,1
2002	54,8	48,7	51,7	50,9	38,1
2003	75,4	32,6	72,3	10,2	29,7

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMEL. (€/Mwh)

5. La energía generada por restricciones técnicas en España tiene un fuerte componente estacional, siendo la época de mayor incidencia verano, seguido de los meses de diciembre y enero. La evolución que esta magnitud ha experimentado desde el año 1999 hasta el año 2005 en las zonas de Levante Norte y Levante-Sur se observan en los gráficos 4.1. y 4.2. En el de Levante Norte se observa que el nivel de restricciones técnicas en los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2003 fue el mayor de todos los años, y en noviembre y diciembre más altos que* los años inmediatamente anteriores. Tras haber entrado nueva capacidad en la zona, 780 MW de Castellón 3, se habría esperado todo lo contrario, un descenso de las restricciones técnicas.

Gráfico 4.1: Evolución de restricciones técnicas en la zona Levante-Norte

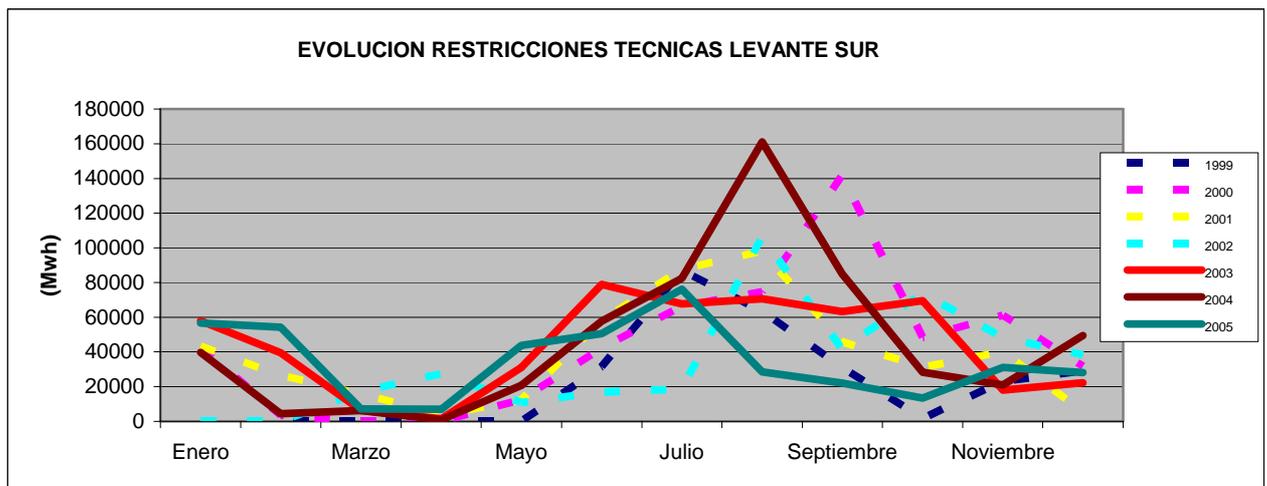


Fuente: Elaboración propia sobre los datos proporcionados al expediente por REE



En el caso de Levante-Sur el nivel de restricciones técnicas en 2003 es notablemente superior al registrado el año anterior, el 2002, cuando estuvo haciendo ofertas competitivas al mercado diario, con la excepción del mes de agosto.

Gráfico 4.2: Evolución de restricciones técnicas en la zona Levante-Sur*



Fuente: Elaboración propia sobre los datos proporcionados al expediente por REE

6. Durante los períodos investigados se observa que cuando las centrales deciden ofertar con intención de casar en el mercado diario, su estrategia tiene éxito prácticamente el 100% de las veces. En el caso de adoptar estrategias de oferta para no casar en el diario y ser posteriormente llamadas a resolver problemas de restricciones técnicas, estos porcentajes de éxito se sitúan entre el 65% y el 80% para las centrales de Escombreras 4 y 5. Para el caso de Castellón 3, esta estrategia resulta exitosa el 100% de las veces en los meses de junio, julio, agosto y septiembre y mas del 70% en los meses de enero y febrero, tal y como se desprende de la información contenida en los cuadros 2.1, 2.2 y 2.3.



CUADRO 2.1. Estrategias de Oferta y resultados

CASTELLÓN 3				
	NÚMERO DE DÍAS OFERTADOS		NÚMERO DE DIAS GENERANDO EN:	
	RRTT+ID	DIARIO	RRTT+ID	DIARIO
2002				
Dic	21	10	6	10
2003				
Enero	29	2	21	3
Febrero	28	0	23	4
Marzo	27	4	17	8
Abril	30	0	13	0
Mayo	27	4	19	4
Junio	8	22	8	22
Julio	8	23	8	23
Agosto	7	24	7	24
Septiembre	8	22	7	22
Octubre	18	13	14	14
Noviembre	27	3	17	3
Diciembre	31	0	19	10

Fuente: elaboración propia sobre datos del expediente aportados por REE y OMEL

CUADRO 2.2

ESCOBRERAS 4				
	NÚMERO DE DÍAS OFERTADOS		NÚMERO DE DIAS GENERANDO EN:	
	RRTT+ID	DIARIO	RRTT+ID	DIARIO
2002				
Enero	2	29	0	29
Febrero	2	24	0	24
Marzo	15	13	1	15
Abril	11	13	4	14
Mayo	5	18	1	18
Junio	4	9	3	9
Julio	4	24	3	24
Agosto	26	5	26	5
Septiembre	25	4	16	4
Octubre	29	0	29	0
noviembre	28	2	15	2
Dic	31	0	10	0
2003				
Enero	31	0	14	0
Febrero	28	0	6	0
Marzo	31	0	4	3
Abril	30	0	0	0
Mayo	1	0	0	0
Junio	26	0	21	0
Julio	24	7	18	8
Agosto	31	0	24	0
Septiembre	29	1	22	1
Octubre	28	0	18	0
Noviembre	30	0	4	0
Diciembre	31	0	10	5

Fuente: elaboración propia sobre datos del expediente aportados por REE y OMEL



CUADRO 2.3

ESCOMBRERAS 5

	NÚMERO DE DÍAS OFERTADOS		NÚMERO DE DIAS GENERANDO EN:	
	RRTT+ID	DIARIO	RRTT+ID	DIARIO
2002				
Enero	2	28	0	28
Febrero	0	21	0	21
Marzo	17	12	7	17
Abril	16	13	11	16
Mayo	5	12	1	13
Junio	5	21	4	21
Julio	5	25	5	25
Agosto	19	4	12	4
Septiembre	25	3	11	4
Octubre	29	0	27	0
noviembre	28	0	19	0
Dic	31	0	19	0
2003				
Enero	31	0	19	0
Febrero	28	0	20	2
Marzo	31	0	0	0
Abril	12	4	1	4
Mayo	22	8	12	8
Junio	30	0	23	0
Julio	29	2	20	2
Agosto	30	0	20	0
Septiembre	28	2	18	3
Octubre	31	0	23	0
Noviembre	30	0	11	0
Diciembre	31	0	7	6

Fuente: elaboración propia sobre datos del expediente aportados por REE y OMEL



7. El impacto económico de las restricciones técnicas, se puede observar en el cuadro 3 que muestra como las restricciones técnicas suponen menos de* un 1% del precio del mercado horario final en 1998* mientras que en el 2003 suponen un 3% del mismo.

CUADRO 3: Componentes del precio horario final

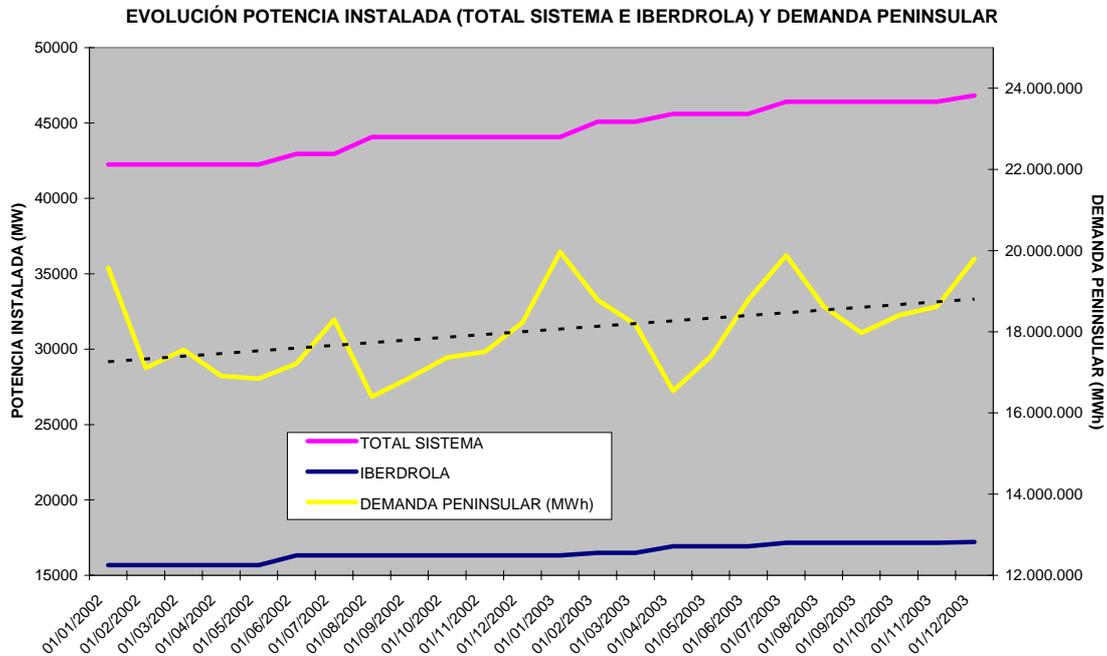
COMPONENTES DEL PRECIO HORARIO FINAL						
	1998	1999	2000	2001	2002	2003
MERCADO DIARIO c€/Kwh	2,564	2,672	3,183	3,150	3,889	3,025
RESTRICCIONES TÉCNICAS c€/Kwh	0,025	0,043	0,114	0,113	0,059	0,097
BANDA DE REGULACIÓN c€/Kwh	0,100	0,017	0,032	0,057	0,107	0,078
MERCADO INTRADIARIO c€/Kwh	-0,005	-0,009	-0,010	0,010	-0,013	-0,004

Fuente: OMEL, aportado por IBERDROLA

8. La demanda de energía eléctrica en el sistema eléctrico español ha experimentado un crecimiento continuado como el que muestra el gráfico 5, crecimiento que se ha visto acompañado de nuevas instalaciones de generación eléctrica. Parte de ese incremento de nueva capacidad corresponde a nuevas centrales de ciclo combinado de IBERDROLA, ENDESA y GAS NATURAL. En concreto en la zona Levante-Norte IBERDROLA ha instalado una nueva central de ciclo combinado de 780 Mw de potencia que es la unidad de generación Castellón 3.



Gráfico 5: Evolución de la demanda de energía eléctrica peninsular



Fuente: Elaboración propia según datos de OMEL y REE solicitados por el Tribunal

9. La información remitida por Red Eléctrica a resultados de la diligencia para mejor proveer, muestra que el régimen de funcionamiento de las centrales cuando son llamadas a generar por restricciones técnicas es de funcionamiento a mínimo técnico y superior durante las horas comprendidas entre las 7-8 de la mañana y las 10-11 de la noche (Cuadro 4). Esto implica un número de horas de funcionamiento medio diario en régimen de restricciones de 14 a 15 horas. Asimismo se comprueba que los días que estas centrales son llamadas a generar en restricciones técnicas generan en el mercado intradiario una cantidad similar, y en algunos casos superior a la generada en restricciones técnicas. Esta generación en el mercado intradiario puede realizarse tanto en las horas en las que no funcionan en régimen de restricciones técnicas, evitando así paradas y arranques de las unidades de generación como en las horas en que están operando en restricciones.



Cuadro 4. Resultado de funcionamiento en restricciones técnicas de Castellón 3

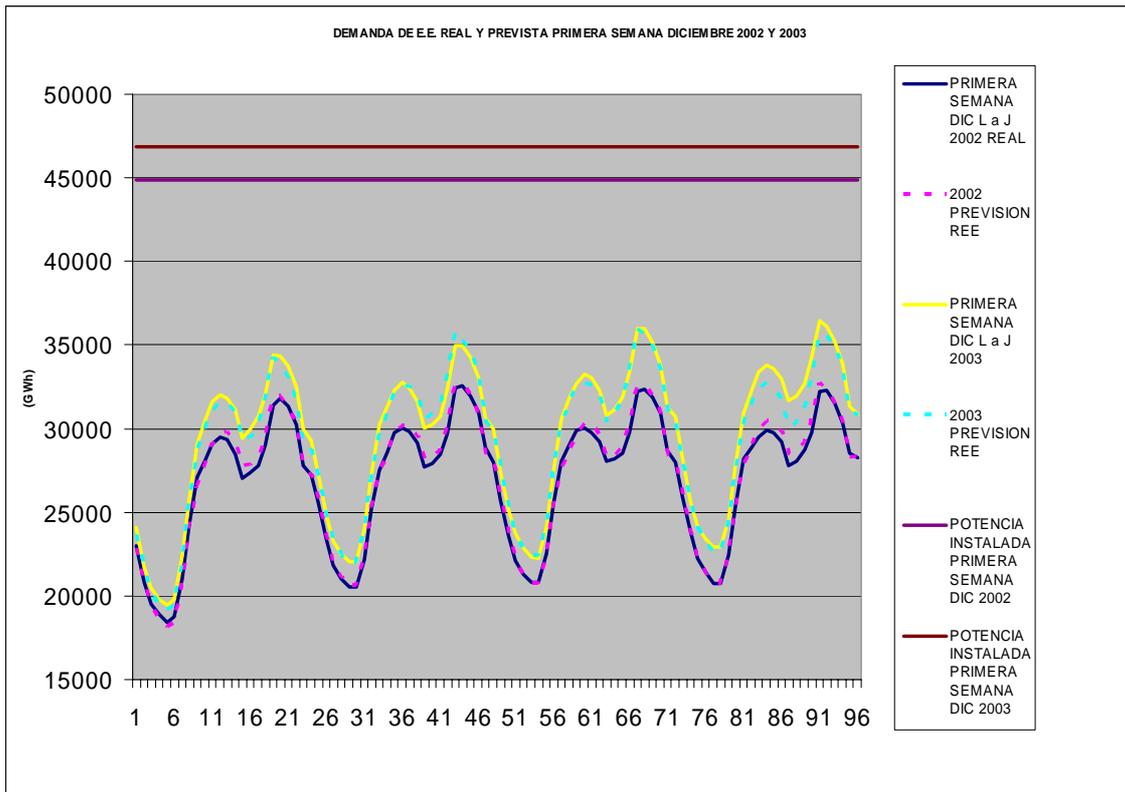
	ENERGÍA			NÚMERO DE HORAS		
	Media	Max	Min	Media	Max	Min
2002 Diciembre	3600,0	3825,0	3150,0	16,0	17,0	14,0
2003 Enero	3333,3	4725,0	2700,0	14,4	16,0	12,0
2003 Febrero	3644,6	4825,0	2925,0	15,5	16,0	13,0
2003 Marzo	3202,9	3600,0	2700,0	14,2	16,0	12,0
2003 Abril	3236,5	3375,0	3150,0	14,4	15,0	14,0
2003 Mayo	2889,5	3825,0	900,0	12,7	16,0	4,0
2003 Junio	4121,9	6400,0	2925,0	15,9	17,0	13,0
2003 Julio	3306,3	4625,0	2925,0	14,3	17,0	13,0
2003 Agosto	3053,6	3150,0	2925,0	13,6	14,0	13,0
2003 Septiembre	3225,0	3900,0	2925,0	14,0	15,0	13,0
2003 Octubre	3785,5	6600,0	1047,6	14,9	17,0	5,0
2003 Noviembre	3552,9	5000,0	3150,0	15,0	16,0	14,0
2003 Diciembre	3406,6	3600,0	3150,0	15,1	16,0	14,0

Fuente: Elaboración propia, sobre la información remitida por REE.

10. De la información contenida en el expediente se han caracterizado para cada una de las tres unidades de generación una serie de días en los que se hicieron ofertas con la intención de casar en el mercado diario y los días equivalentes en los que se hicieron ofertas con la intención de no casar en el mercado diario y por lo tanto quedar en posición de ser llamado a restricciones técnicas. Se han tomado días equivalentes del 2002 y 2003, y se ha comprobado que la diferencia entre los niveles de demanda previstos por el operador del sistema en esos días son debidos al correspondiente incremento de la demanda anual. Los parámetros que caracterizan estas ofertas y posibilitan su comparación son: precios máximos y medios del mercado diario, precio y cantidad ofrecida al operador del mercado y los resultados de dichas estrategias, esto es energía casada en el diario o en restricciones según el caso y sus correspondientes ingresos medios. Los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3. contienen todos los parámetros para este análisis en ellos se constata que siendo los niveles de demanda estimados equivalentes (esto es incluido el incremento anual del 2003 respecto al 2002), observados en el gráfico 6, y los precios esperados del mercado diario prácticamente iguales, se optó sin embargo, por dos estrategias diferentes: ofertar al diario en el año 2002 y ofertar a restricciones en el año 2003. Los resultados de estas estrategias muestran que los niveles de generación medidos en energía producida, fueron similares, sin embargo, los ingresos medios obtenidos fueron muy superiores en la opción de generar en restricciones que en el mercado diario.



Gráfico 6. Comparación de los niveles de demanda real y prevista por REE en la primera semana de diciembre de 2002 y 2003



Fuente: Elaboración propia, sobre la información remitida por REE.



Cuadro 5.1. Castellón 3. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos

CASTELLÓN 3						
ESTRATEGIA "OFERTA AL DIARIO"						
Fecha	PRECIO DEL DIARIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA CASADA EN EL DIARIO (Mwh)	IMe (c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Lunes 2 de diciembre 2002	3,9	2,5	225-375	0-2,8	5.300	2,8
Martes 3 de diciembre 2002	4,0	2,6	225-375	0-3,3	6.400	2,7
Miércoles 4 de diciembre 2002	4,0	2,3	225-375	0-2,8	5.821	2,5
Jueves 5 de diciembre 2002	4,0	2,6	225-375	0-2,8	5.900	2,8
ESTRATEGIA "OFERTA A RESTRICCIONES"						
	PRECIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA LLAMADA A RESTRICCIONES+ INTRADIARIO (Kwh) *	IMe(c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Lunes 1 de diciembre 2003	3,1	1,8	763	5,1	5.981	4,9
Martes 2 de diciembre 2003	4,0	2,7	763	5,1	7.300	3,9
Miércoles 3 de diciembre 2003	4,4	2,8	763	5,1	6.050	4,0
Jueves 4 de diciembre 2003	4,7	2,9	763	5,1	4.243	6,0

Fuente: OMEL página web, información aportada al SDC por OMEL y elaboración propia.



Cuadro 5.2. Escombreras 4. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos

ESCOBRERAS 4						
ESTRATEGIA "OFERTA AL DIARIO"						
Fecha	PRECIO DEL DIARIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA CASADA EN EL DIARIO (Mwh)	IMe (c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Lunes 3 de junio 2002	5,3	4,4	275-294	0-4,4	5.104	4,3
Martes 4 de junio 2002	5,3	4,5	275-294	0-4,4	5.104	4,5
Miércoles 5 de junio 2002	5,3	4,6	275-294	0-4,4	5.104	4,8
Jueves 6 de junio 2002	5,0	4,5	275-294	0-4,4	5.104	4,7
Viernes 7 de junio de 2002	4,9	4,3	275-294	0-4,4	5.104	4,2
ESTRATEGIA "OFERTA A RESTRICCIONES"						
	PRECIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA LLAMADA A RESTRICCIONES+INTRADIARIO (Kwh) *	IMe(c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Lunes 2 de junio 2003	5,3	4,2	--	--	--	--
Martes 3 de junio 2003	5,2	4,4	279	13,2	5.258	6,96
Miércoles 4 de junio 2003	5,2	4,4	279	12,2	4.947	7,09
Jueves 5 de junio 2003	5,2	4,4	279	12,2	5.106	7,13
Viernes 6 de junio de 2003	5,2	4,4	279	12,2	5.351	5,5

Fuente: OMEL página web, información aportada al SDC por OMEL y elaboración propia.



Cuadro 5.3.* Escombreras 5. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos

ESCOBRERAS 5						
ESTRATEGIA "OFERTA AL DIARIO"						
Fecha	PRECIO DEL DIARIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA CASADA EN EL DIARIO (Mwh)	IMe (c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Martes 11 de junio de 2002	4,41	3,9	150	0	4.099	4,3
Miércoles 12 de junio de 2002	5,57	4,0	150	0	5.160	4,1
Jueves 13 de junio de 2002	4,69	4,2	150	0	5.200	4,2
Viernes 14 de junio de 2002	5,07	4,5	150	0	5.365	4,4
ESTRATEGIA "OFERTA A RESTRICCIONES"						
	PRECIO		OFERTA A "OMEL"		ENERGIA LLAMADA A RESTRICCIONES+INTRADIARIO (Kwh)*	IMe(c€/Kwh)
	MAX	MEDIO	Q(MW)	P (c€/Kwh)		
Martes 10 de junio de 2003	5,21	4,3	274	9,5	5.257	6,4
Miércoles 11 de junio de 2003	5,54	4,5	274	9,5	3.780	7,0
Jueves 12 de junio de 2003	5,77	4,7	274	10,9	3.170	8,0
Viernes 13 de junio de 2003	5,2	4,3	274	12,9	4.918	6,3

Fuente: OMEL página web, información aportada al SDC por OMEL y elaboración propia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente Resolución tiene por objeto determinar si IBERDROLA ha infringido el art. 6 LDC, mediante una conducta consistente en restringir la producción de energía eléctrica en el mercado diario de generación, con el objeto de obtener por dicha energía, no el precio del mercado en competencia, sino un precio superior y determinado por ella, al ser llamada a generar para resolver un problema de restricciones técnicas. Esta conducta la habría estado desarrollando con tres grupos de generación, a saber, Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5. IBERDROLA habría estado conduciéndose así en los períodos del 18 de diciembre del 2002 al 27 de mayo de 2003 y 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003, con la unidad de generación de Castellón 3, y durante todo el año 2003 con las unidades de generación de ESCOMBRERAS 4 y 5. Sin embargo, antes de entrar en la cuestión de fondo objeto de este expediente es necesario examinar algunas alegaciones formuladas por la parte imputada sobre la tramitación.

En primer lugar, resulta sorprendente que las alegaciones de IBERDROLA tengan una extensión considerablemente mayor para alegar la posible vulneración de los derechos de defensa en este expediente, que para intentar rechazar que la imputación de una reiterada conducta de retirar oferta del mercado diario, mediante una política de ofertas con precios superiores a los del mercado diario, para provocar una situación de restricciones técnicas, con la consiguiente elevación de los precios que percibía, no constituye una conducta prohibida por el art. 6 LDC, lo cual no deja de causar cierta extrañeza. Y ello, por cuanto en un expediente en materia de defensa de la competencia el debate fundamental debería versar sobre los efectos anticompetitivos o no de las conductas, y tratándose de una imputación por abuso de posición dominante, si existe una justificación razonable de la conducta del presunto infractor.

Es cierto que el Tribunal Constitucional español ha asumido una postura extraordinariamente garantista en procedimientos administrativos sancionadores, importando, si bien con ciertos matices, instituciones de otros ordenamientos jurídicos que allí estaban reservadas a los procedimientos penales y sólo a las personas físicas, y ello resulta plausible. Pero una cosa es que se reconozca el carácter positivo de esa postura garantista y otra bien diferente que en los procedimientos administrativos sancionadores hayan de regir tanto para personas físicas como jurídicas y tal cual, los principios que han de estar presentes en los procesos penales para las personas físicas. Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional reconoce que los principios que rigen en el proceso penal han de estar presentes en el procedimiento sancionador “con ciertos matices”. El alcance de tales matices, en los aspectos que nos ocupan, han de señalarse, caso a caso, en la jurisprudencia. Y, como



se indicará, existe sobrada jurisprudencia que permite argumentar fundadamente que en este procedimiento no se ha producido vulneración alguna de los derechos subjetivos de IBERDROLA.

La imputada basa sus alegaciones en dos aspectos: en la tramitación ante el Tribunal se ha practicado una nueva instrucción, y, en segundo lugar, al dictarse un auto de recalificación se han vulnerado los derechos de defensa, y se ha infringido el principio acusatorio por cuanto se está acusando a IBERDROLA de hechos nuevos no contemplados en el expediente. A juicio de este Tribunal, ni en uno ni en el otro aspecto le asiste la razón.

Con carácter previo al análisis concreto de tales alegaciones, debe señalarse que la descripción de la tramitación del expediente realizada por IBERDROLA no se corresponde en absoluto con la realidad. Como se puede apreciar a continuación la nueva calificación propuesta en el auto recurrido tiene su apoyo en los hechos que fueron objeto del expediente y que se incluyeron en los informes de la Comisión Nacional de la Energía, que dieron origen a la incoación del expediente, en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe Propuesta. En todos estos documentos aparecen los hechos en los que se basa la presente resolución como los que son objeto de investigación y examen y, en su caso, de sanción. En realidad, lo único que se propone cambiar en el auto es la valoración jurídica de esos hechos.

La verificación de que lo dicho anteriormente es cierto se puede llevar a cabo sencillamente examinando el apartado del Pliego de Concreción de Hechos dedicado a la valoración jurídica. Al final de ese apartado se afirma: “en conclusión, se imputa a IBERDROLA Generación una conducta de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en, los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2003, ofertar a través de sus centrales de Castellón 3 y Escombreras 5 a precios muy elevados con el objeto de que dichas centrales no resultaran casadas en el mercado diario y fueran posteriormente llamadas a resolver restricciones técnicas, lo que supuso un sobrecoste al sistema y generó un beneficio extraordinario a su favor”. Es decir, el Servicio después de investigar la conducta de IBERDROLA Generación en los períodos de tiempo a que se referían los informes de la Comisión Nacional de la Energía, el Pliego de Concreción de Hechos y el Informe-Propuesta, esto es, todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5, y los dos períodos comprendidos entre el 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003, (que son los períodos en los que se encuentran la conducta continuada objeto del auto de cambio de calificación), llega a la conclusión de que debe calificarse jurídicamente la conducta como una infracción producida exclusivamente dos días por ofertar a precios muy elevados. Con el auto de recalificación dictado en este expediente el Tribunal se limitó a plantear la posibilidad de otra valoración jurídica de esos



mismos hechos en base a “una actuación que consistiría en realizar ofertas de generación al Operador del Mercado a unos precios superiores a los precios de casación del mercado diario del momento, y ello con el objeto de obtener un precio, al ser llamado a generar para solucionar restricciones técnicas, mayor que el que se derivaría de casar la oferta y la demanda ordinaria”, todo ello, como se señala en la fundamentación jurídica del auto, durante el período de tiempo señalado por la CNE en sus informes e investigado ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Es un cambio de calificación jurídica porque aunque el precepto vulnerado es el mismo, el artículo 6 de la LDC, y los hechos investigados son también coincidentes, se entiende que lo relevante jurídicamente a los efectos de la infracción legal es la actuación continuada descrita y no la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos. Como puede comprobarse en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe Propuesta, la conducta examinada se extiende a los períodos de tiempo que van del 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación Castellón 3 y durante todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5*, valorando jurídicamente el Servicio de Defensa de la Competencia exclusivamente las ofertas de precios más elevadas del período investigado, que se corresponden precisamente con los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2003. Por tanto, el cambio afecta a la valoración jurídica de los mismos hechos, caracterizándose, además, este cambio por su homogeneidad, por cuanto el precepto infringido sigue siendo el mismo al constituir en ambos casos la conducta un abuso de posición de dominio.

Es decir, el hecho objetivo del expediente desde su origen en los informes de la CNE hasta este momento, es la conducta de IBERDROLA en el mercado eléctrico en los períodos de tiempo que van del 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación Castellón 3 y durante todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5*, y la valoración jurídica de los mismos es un abuso de posición de dominio por la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos en dos días (según el Servicio) o bien la de realizar, de manera continuada durante esos períodos, ofertas de generación al Operador del Mercado a unos precios superiores a los precios de casación del mercado diario del momento para ser llamado a generar para solucionar restricciones técnicas (Auto de cambio de calificación).

Para fundamentar cuanto se ha venido afirmando, baste recordar alguno de los apartados de los hechos incluidos dentro del apartado IV, relativo a los “Hechos Acreditados”, del Pliego de Concreción de Hechos:

1.- “Durante el período investigado, los precios medios ponderados diarios de las ofertas al mercado diario de las centrales investigadas de IBERDROLA



Generación se situaron por encima de los precios medios ponderados del mercado diario.

2.- “Durante los respectivos períodos investigados, las centrales de Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 resultaron casadas en muy pocas ocasiones en el mercado diario”.

3.- “Durante los respectivos períodos investigados, los precios del mercado diario fueron, en media inferiores, a los de los períodos inmediatamente anteriores.”

4.- “Durante los respectivos períodos investigados, las centrales de Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 **fueron programadas sistemáticamente para resolver restricciones técnicas**”.

5.- “Durante el período investigado, el grado de incertidumbre sobre la posibilidad de ser llamado a resolver restricciones técnicas era bajo, ya que las estimaciones de la demanda a nivel nacional, que son publicadas por el REE con anterioridad a la presentación de ofertas, tienen un margen de error muy bajo”.

6.- “Los días en los que las centrales de IBERDROLA Generación fueron programadas para resolver restricciones técnicas durante los respectivos períodos investigados, los precios medios ponderados diarios de sus ofertas (PMP) fueron, en media, muy superiores a sus costes variables revelados (CVR) y, en algunos días en concreto, la diferencia es inusualmente elevada”.

Basta con comparar estos epígrafes (o si se quiere con más detalle, el contenido de cada uno de ellos) con los hechos declarados probados en esta Resolución para comprender que el Tribunal está decidiendo, no sobre hechos nuevos traídos en el último momento al expediente, sino sobre hechos sobre los que ya se había pronunciado el Pliego de Concreción de Hechos y que en él estaban recogidos. Por ello cualquier alegación sobre que el Tribunal se ha inventado unos nuevos hechos, o bien ha practicado una nueva instrucción son alegaciones alejadas a de cualquier tipo de fundamento.

Realizada esta aclaración de carácter previo, corresponde señalar que la primera de las alegaciones de carácter formal que realiza IBERDROLA se refiere a que el Tribunal, por la vía de las diligencias para mejor proveer que le permite el artículo 42 LDC, ha realizado una nueva instrucción, basándose en la peregrina teoría que el número de folios aportados en ese trámite resulta superior al del expediente ante el SDC, como si la realidad de la instrucción dependiera de ese mero aspecto cuantitativo. Por lo que se refiere al volumen de la documentación incorporada al expediente como consecuencia de la providencia para mejor proveer, resulta que no es consecuencia de la incorporación de nuevas pruebas sobre nuevos hechos, sino de la remisión al



Tribunal (en ocasiones duplicada, como el propio recurrente ha podido constatar) de todas las salidas intermedias del proceso informático necesario para llegar a los datos solicitados en la diligencia para mejor proveer, y que son listados de información intermedia que ocupan mas de 3500 folios, cuyo valor informativo ha sido agregado y resumido en 42 folios. Además, con independencia de que tras esa afirmación de la imputada subyace una teoría que imposibilitaría la realización de diligencias para mejor proveer, porque siempre darán lugar a un aumento en la documentación del expediente, lo cual resulta absurdo, la cuestión ha quedado resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo) recaída precisamente en un recurso interpuesto contra una Resolución del TDC, en cuyo procedimiento se practicó por este Tribunal una importante prueba de oficio, y el Tribunal Supremo resolvió que la utilización de esa vía no convertía al TDC en instructor. Dicha Sentencia afirmó: “Simplemente si estima que una determinada diligencia puede ser útil, en un sentido o en otro, para la decisión final, está legalmente facultado para acordarla”. No puede afirmarse, en consecuencia, que el Tribunal haya sustituido en este supuesto al Servicio en su labor instructora, simplemente ha solicitado ciertos documentos que podía permitirle analizar con mayor profundidad los hechos detectados por el Servicio. Del análisis de tales documentos ha resultado que tales hechos han quedado sobradamente demostrados, lo cual permite a este Tribunal resolver con mayor grado de certidumbre”*. Pero de ahí a pensar que se ha practicado una nueva –y diferente- instrucción media un abismo. Y la afirmación que con evidente sinsentido realiza la imputada sólo puede ser admitida como un mecanismo de defensa realizado por quien ha comprobado que la totalidad de las pruebas han puesto de manifiesto su conducta anticompetitiva por abusiva. Porque no puede tener acogida la interesada confusión que intenta extender la imputada acerca de la diferencia entre hechos que obran en el procedimiento, desde el principio, y hechos puestos de manifiesto por los documentos aportados ante el Tribunal. Los hechos son los mismos, como ha quedado de manifiesto al transcribir los incluidos en el PCH.

Conviene añadir en relación con la procedencia de la Providencia para mejor proveer de 6 de octubre de 2006, que en realidad el objeto de esa providencia fue obtener del operador del mercado (OMEL) y del operador del sistema (RED ELÉCTRICA) determinados datos históricos y determinadas simulaciones, referidas en todo caso a los períodos de tiempo investigados por el Servicio de Defensa de la Competencia. Es decir, con esa providencia se trató de profundizar en el conocimiento de la conducta que en su momento fue objeto de investigación y en ningún momento ni se pretendió ni se consiguió incorporar nuevos hechos susceptibles de ser sancionados al amparo de la LDC La racionalidad de esa decisión se encuentra en la necesidad de concretar en un expediente sancionador de la manera más pormenorizada posible las circunstancias que se dieron en las conductas analizadas. En este



sentido conviene recordar que la propia entidad imputada señaló en sus alegaciones de 26 de noviembre de 2004, frente al SDC por la incoación del expediente sancionador, y sobre la base del informe de la CNE que da origen a dicha incoación, la necesidad de utilizar simulaciones, como prueba la siguiente cita literal: “Profundizando más en este tema, podemos encontrar en el apartado 2.2 del informe la siguiente afirmación; <<calculando para cada día en los que el grupo de despacha por restricciones, la renta extraordinaria obtenida como la diferencia entre los ingresos reales obtenidos por los grupos y el valor máximo entre el ingreso medio hipotético que hubiesen obtenido si hubiesen acudido al mercado diario...>> Aquí la CNE parece que utiliza el precio del Mercado Diario como algo estático e inamovible para calcular el ingreso que hubiera obtenido un ciclo si hubiera acudido a dicho mercado. Para poder deducir lo que hubieran cobrado los ciclos combinados de haber ido a Mercado Diario en lugar de ser llamados para cubrir restricciones, necesariamente se tiene que utilizar una simulación de precios resultantes **de una nueva casación** una vez introducidas las producciones de estos grupos a **precio cero**, pues estamos hablando de más de 1400 MW de ciclos combinados casados en el mercado, que necesariamente modificarían los precios del mercado diario muy a la baja, Sólo así se podrían inferir de forma real los ingresos que podrían haber recibido los ciclos combinados si finalmente hubieran ido a Mercado Diario y no a restricciones técnicas” (página 42 del expediente del SDC, el subrayado es nuestro).

La segunda de las alegaciones realizadas por IBERDROLA se refiere a su apreciación de que, al proceder a la recalificación, se ha procedido a una vulneración del principio acusatorio. Tampoco en este apartado le acompaña la razón a juicio de este Tribunal. Y ello porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, y referido precisamente a procesos penales, en los que obviamente los principios garantistas han de estar presentes en toda su intensidad, no cabe considerar que existe indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia (Sentencias 134/1986 de 29 de octubre y 302/2000 de 11 de diciembre).

Pero además, como se ha indicado anteriormente, no nos encontramos en un proceso penal sino en un expediente administrativo sancionador, y pretender llevar hasta las últimas consecuencias los principios de aquéllos a éstos es un argumento que no está amparado, en modo alguno, por la jurisprudencia ni por la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin ir más lejos, en la sentencia, ya citada, del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006, se indica que los procedimientos administrativos no están sujetos a todas las garantías de los procesos penales, de modo que “no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta **a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos**”, y la misma doctrina (incluso



la misma frase) se recoge en la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006.

Sí resulta, por otra parte, necesario que los hechos en los que se basa la sanción obren en el expediente, pero sobre estos mismos hechos caben distintas apreciaciones, como se puso de manifiesto en el auto de recalificación. Y lo importante es que el imputado haya tenido ocasión de defenderse, incluso aportando pruebas, como se pone de manifiesto en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2004, y 2 de marzo de 2006 (recurso 355/04). Esta última Sentencia indica que no puede decirse que la variación de la calificación haya supuesto ninguna clase de perjuicio para la imputada “pues ésta ha conocido dicha variación y, además, ha formulado a lo largo del expediente las consideraciones que han convenido a su interés”. Así ha ocurrido en este expediente en el que IBERDROLA ha formulado dos extensos escritos de alegaciones tras la recalificación (que se añaden a cuantas veces alegó desde la denuncia por los mismos hechos), aun cuando, de forma incomprensible, haya utilizado fundamentalmente ese trámite para alegar vulneración de derechos de defensa, en lugar de para manifestar que no ha habido conducta abusiva, o bien que sus conductas que pudieran ser calificadas como tales, tienen una justificación objetiva que vaya más allá de mejorar la cuenta de resultados de IBERDROLA mediante un mecanismo que implica el encarecimiento de la energía.

Como se ha visto anteriormente, en contra de lo afirmado por la parte imputada, no se ha producido un cambio en los hechos investigados por el Servicio de Defensa de la Competencia contrario al principio acusatorio, sino un cambio en la valoración jurídica de los mismos hechos, que el Tribunal está facultado para realizar. En este sentido el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 21 de febrero de 2006, delimita con claridad el valor que ha de darse al Pliego de Concreción de Hechos a los efectos del principio acusatorio, distinguiendo la parte dedicada a los hechos y la referida a su valoración jurídica, en los siguientes términos:

“El examen del pliego de concreción de hechos, formulado al amparo del artículo 37 de la Ley de Defensa de la Competencia, por la Instructora del expediente promovido en el Servicio de Defensa de la Competencia de 21 de diciembre de 1993, del que tuvo pleno conocimiento la Entidad recurrente, revela que se refieren los elementos de hechos que constituyen el antecedente de la resolución, el hecho básico objetivo y la valoración jurídica preliminar, que determina los cargos presuntamente imputados, ...”.

En este procedimiento se ha seguido la tramitación prevista en la LDC que distingue varias actuaciones en relación con el proceso de acreditación de los hechos objeto del expediente. El artículo 37.1 establece que “los hechos que



puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un Pliego de Concreción de Hechos..”, el artículo 42 establece que “el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer la práctica de cualquier diligencia de prueba, incluso la de declaración de los interesado y la de reconocimiento y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine” y, finalmente, el artículo 43 permite que el Tribunal pueda considerar que la “cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio al ser susceptible de otra calificación”.

Esta tramitación, además, se ha desarrollado con pleno respeto a los derechos de la parte interesada, pues se le ha dado trámite de alegaciones y la posibilidad de utilizar los medios que considere oportunos para defenderse en relación con la diligencia para mejor proveer y en relación con la posible nueva calificación. Este Tribunal en todo momento ha tenido presente la necesidad de proteger y asegurar el derecho de defensa de la parte interesada, por eso en el auto de cambio de calificación se hacen referencias a la no existencia de infracción del mismo. Los precedentes jurisprudenciales abonan la tesis de la inexistencia de indefensión. En este sentido cabe citar una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que establece que incluso en el ámbito penal no se vulnera el derecho a la defensa del acusado cuando se cambia la calificación en el trámite de elevación de las conclusiones a definitivas en relación con elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito. Así, la STC 40/2004 afirma lo siguiente:

“Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, F.F. 4,5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, F.5; 302/2000, de 11 de diciembre, F.3; 87/2001, de 2 de abril, F.6; 174/2001, de 26 de julio, F.5; 4/2002, de 14 de enero, F.4; 228/2002, de 9 de diciembre, F.5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero, F.4).

Pero incluso el Tribunal Supremo ha señalado que en los expedientes administrativos sancionadores el principio acusatorio no tiene la misma virtualidad que en los procedimientos penales, en su sentencia anteriormente citada de 21 de febrero de 2006, se afirma:



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

Por último, cabe insistir en la doctrina mantenida por la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2006 (recurso 355/04), porque es claramente aplicable al supuesto que nos ocupa. Dicha sentencia afirma:

“La variación a lo largo de la tramitación del expediente sancionador de la calificación jurídica de los hechos, sobre la base del mantenimiento de los mismos hechos imputados ha sido aceptada por esta Sala y se ha entendido que ni supone ninguna irregularidad ni ocasiona ningún tipo de indefensión. Así se pronunció esta Sala en la sentencia dictada en el recurso 1133/1999 donde se dice que: “según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la STC 302/2000, y adaptando al ámbito sancionador los principios penales, es posible el apartamiento de las calificaciones que constituyen la acusación siempre que confluyan dos condiciones: la identidad del hecho que se va a sancionar objeto de acusación y resolución, en el sentido de que el mismo hecho descrito en la acusación, debatido en el procedimiento administrativo, y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; y la homogeneidad de las infracciones, es decir, que tengan la misma naturaleza, pues el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 134/1986, de 29 de octubre; FJ 2, 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3). De todo ello resulta que, ciertamente, la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión “que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables” (STC 134/1986, FJ 4), como ha acontecido este caso”.”

Debe rechazarse, por ello, la alegación de IBERDROLA cuando afirma que el pliego de cargos actúa a modo de calificación definitiva con la misma instrumentalidad que ésta tiene en el juicio oral, porque en el procedimiento diseñado en la LDC se trataría del pliego de concreción de hechos, que, por el momento procedimental en que se dicta y por su contenido, sólo se podría



equiparar a la calificación provisional, que como se ha visto puede cambiarse en la fase final del juicio.

Pero, además, ha podido proponer en defensa de sus intereses la práctica de pruebas. Además de los documentos (nuevamente con una tendencia a acompañar sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) que merecen esa calificación, ha solicitado en su escrito de 22 de febrero de 2006, la práctica de pruebas consistentes en la comparecencia del instructor del expediente, las personas firmantes de los informes de la CNE, y de la entidad que realizó determinadas simulaciones por encargo de OMEL, previa su identificación. El Tribunal ha decidido desestimar tales pruebas por improcedentes. En cuanto a la comparecencia del instructor, ésta ha tenido lugar en los términos previstos en la LDC, y su opinión ha quedado reflejada con claridad en el expediente, sin que exista motivo para someterla a un interrogatorio no previsto en la Ley y que no tiene otro aparente motivo que someter al instructor a una especie de indagatoria sobre los motivos que fundamentan su postura. Mayor razón, si cabe, motiva la negativa a la comparecencia de los firmantes de los Informes de la CNE, que obran en el expediente desde su inicio, sin que a IBERDROLA se le haya ocurrido hasta este momento final tal pretensión, o la comparecencia de los responsables de la entidad a la que OMEL encargó las simulaciones. Si su contenido se considera inadecuado, ha podido ser rebatido con otros documentos y argumentaciones, pero no hay que olvidar que todos estos documentos constituyen pruebas documentales, no periciales, como de forma sibilina pretende la imputada, y quienes las han elaborado no precisan ser sometidos al interrogatorio de los representantes de la imputada. Pero además, al profundizar en la prueba que se propone, que queda rechazada, se observa que la pretensión de la imputada va encaminada no a desvirtuar su pretendida conducta abusiva sino a fundamentar sus argumentos relativos a la vulneración de los derechos de defensa, olvidando, o queriendo hacer olvidar, que esta es una cuestión jurídica que no puede ser objeto de prueba. Existen, pues, fundadas razones para rechazar algunas de las propuestas de prueba (otras, tales como los documentos han sido aceptadas), pero, a los efectos que ahora interesan, la imputada ha podido proponer pruebas, que de haber resultado procedentes en su práctica, habrían sido admitidas por el Tribunal.

De todo lo anterior se deduce:

- a) Que los hechos objeto de este expediente consisten en que durante los períodos investigados (del 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación Castellón 3 y durante todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5* las centrales investigadas de IBERDROLA se situaron por encima de los precios medios ponderados diarios del mercado diario, casando en muy pocas



ocasiones en dicho mercado, programándose sistemáticamente para resolver restricciones técnicas, teniendo poca incertidumbre sobre si iba a ser llamada a resolver esas restricciones y siendo los precios medios ponderados diarios de sus ofertas muy superiores a sus costes variables revelados y, en algunos días concretos (18 de mayo y 13 de noviembre de 2003), la diferencia fue inusualmente elevada (apartado de Hechos Acreditados del Pliego de Concreción de Hechos). Dichos hechos han sido conocidos y han formado parte del expediente desde que los constató indiciariamente la CNE. Y son estos hechos los que constituyen conductas abusivas.

- b) Que la prueba practicada como diligencia para mejor proveer ha sido realizada con todas las garantías previstas en la Ley, y que, en modo alguno, puede considerarse que constituyan una nueva instrucción.
- c) Que la variación de calificación consiste en la apreciación de si sólo (como en principio interpretó el SDC) constituyen abuso los días en los que los precios eran anormalmente altos, o bien que los hechos descritos formaban parte de una estrategia continuada en la forma de ofertar al mercado mediante precios muy superiores a los que estaban siendo casados. Lo cual, por cierto, aparece en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe Propuesta, sin que el Servicio saque consecuencias jurídicas de los mismos, es decir que reconoce los hechos y la estrategia, pero, sin ofrecer justificación alguna, no lo considera conducta abusiva.
- d) Que no ha sido vulnerado, en modo alguno, el principio acusatorio, que debe ser apreciado en los términos que la doctrina jurisprudencial admite para los expedientes administrativos sancionadores, es decir con ciertos matices respecto de cómo se entiende en los procesos penales, y, por lo tanto, cabe que el órgano encargado de la resolución practique diligencias y proceda a una nueva calificación.
- e) Que la Recalificación se ha llevado a efecto de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley cuando existe, como en el presente caso, concordancia en los hechos y discordancia en la apreciación jurídica. Y esa recalificación no puede quedar limitada a aquello que pretende IBERDROLA, sino que puede extenderse a cualquier discordancia jurídica.
- f) Que ha conocido sobradamente los hechos y su calificación, aquéllos desde el inicio del expediente, y ésta desde el auto, y ha podido alegar, realizar manifestaciones en su defensa, y proponer prueba en los distintos momentos procesales.
- g) Como última consecuencia que ni ha existido vulneración de los derechos de defensa, ni vulneración del principio del debido proceso.

Segundo.- En el expediente consta cuantiosa información sobre la presunta conducta, proveniente básicamente de informes del organismo regulador sectorial (Comisión Nacional de la Energía, CNE), del Informe-Propuesta del



SDC y de las solicitudes de información realizadas en el marco de la instrucción y resolución, a instituciones del sector especializadas como son REE y OMEL, las entidades encargadas de la operación del sistema y del mercado respectivamente. Todos estos informes y respuestas han sido contestados por IBERDROLA a través de más de una decena de escritos de alegaciones y de la presentación de informes de parte, así como ha podido proponer las pruebas que ha considerado como pertinentes. El análisis de esta abundante información permite abordar las cuestiones básicas relativas a la existencia o no de prácticas prohibidas según el art. 6 de la LDC. El análisis de una infracción por abuso de posición de dominio debería conducirse a través de una secuencia metodológica que comienza con la delimitación del mercado relevante, para poder evaluar la existencia de una posición de dominio y un posterior abuso de la misma. La existencia o no de la justificación objetiva del mismo y los efectos derivados de la conducta, constituyen los últimos pasos del análisis. Pero antes de todo ello, debemos abordar una cuestión previa de orden fundamental. En primer lugar se* necesita una descripción del funcionamiento del mecanismo de la generación de energía eléctrica que demanda* el sistema eléctrico español, y en segundo lugar la determinación del concepto, naturaleza y posible solución de las denominadas restricciones técnicas,* puesto que a su alrededor gravita la conducta aquí analizada.

La producción de energía eléctrica necesaria para garantizar el suministro de electricidad se genera en el denominado mercado mayorista de generación eléctrica, al que concurren la oferta y la demanda. Por el lado de la oferta están los que venden su producción, a saber, generadores del régimen general y del especial, comercializadores que disponen de energía para la venta (procedente de algún contrato previo) e importadores. Por el lado de la demanda están los que compran la energía, que son las distribuidoras que luego venden al consumidor final a tarifa (sea éste doméstico o industrial), los comercializadores, que venden al consumidor final a un precio libremente pactado entre las partes, los exportadores y los clientes cualificados (los que compran para sí mismos). Por tanto, hasta aquí se trataría de un mercado como cualquier otro en el que concurren la oferta y la demanda y se desarrollan las correspondientes transacciones al precio resultante de la concurrencia de ambas.

Sin embargo, un producto como la energía eléctrica tiene unas características peculiares que exigen un tratamiento diferenciado. Al tratarse de un bien totalmente homogéneo, que debe transportarse por una red específica, que no puede almacenarse y que, por tanto, la producción en cada momento debe igualarse a la demanda, se requiere a diferencia de otros productos como por ejemplo los carburantes, para el correcto funcionamiento del mercado de un sistema más sofisticado de organización de la oferta y la demanda. La repercusión de una interrupción, siquiera breve, de suministro de energía eléctrica tiene unas consecuencias de mayor gravedad que una interrupción de



suministro de carburantes, de los que pueden existir reservas almacenadas para garantizar el abastecimiento. Por tanto, toda la oferta y demanda de energía eléctrica deben concurrir, para su correcta gestión, en un mismo espacio virtual, que es el del operador del mercado y el operador del sistema.

Estos operadores disponen de un mecanismo ordenado en cuatro fases para llevar a cabo el programa de generación de energía eléctrica realizable cada hora del día. OMEL actúa en la primera fase consistente en la ordenación por orden de mérito en precio de la oferta y de la demanda, su casación y la obtención de un programa de generación siguiendo exclusivamente criterios económicos. Su resultado determina para cada una de las horas del día cuáles son las unidades de generación que deberán funcionar (programa base diario de funcionamiento, PBDF), y el precio horario al que la energía de todas ellas será remunerada (el denominado precio del pool o precio del mercado diario, que es un precio marginalista por el que toda la energía se remunera al precio de la unidad más cara que el sistema precisa para casar -satisfacer- la demanda). Teniendo en cuenta el precio de cada hora y la cantidad de energía generada en cada hora se obtiene el denominado Precio Medio ponderado del Diario, PMD, utilizado a lo largo del expediente para el análisis de la conducta investigada.

A partir del resultado de la primera fase, opera la segunda fase que consiste en la revisión del PBDF por parte del operador del sistema, REE, para determinar su viabilidad técnica, momento en el que aparecen las tantas veces mencionadas restricciones técnicas. En efecto, si el PBDF no resulta totalmente compatible con la configuración y capacidades físicas de la red de transporte, el operador del sistema detectará dichas restricciones, su causa, su intensidad y su ubicación geográfica y elaborará las modificaciones necesarias sobre el PBDF para hacerlo viable. Estas modificaciones pasan por acoplar y/o desacoplar unidades de generación y aumentar y/o reducir la carga de las ya acopladas. Con estas modificaciones se obtiene el Programa Diario Viable (PDV) con un día de adelanto a su implementación.

La tercera fase es la que se denomina mercado intradiario y tiene la finalidad de atender las ofertas y demandas que se generen las horas posteriores al cierre del PDV. Se organiza en seis sesiones y sus resultados se incorporan al PDV convirtiéndolo en el Programa Horario Final (PHF).

La cuarta y última fase es la que se denomina de servicios complementarios y procedimiento de gestión de desvíos, que incluye los servicios imprescindibles



para el correcto funcionamiento del sistema. Su gestión la realiza el operador del sistema en tiempo real.

Cada una de estas fases se organiza autónomamente pero de manera secuencial, y dado que en ellas intervienen las mismas unidades de generación todas ellas están relacionadas.

Un concepto adicional que se maneja cuando se analiza el mercado eléctrico es el de la garantía de potencia. Se trata de un derecho de cobro para los generadores de energía eléctrica que se asocia a cada una de sus unidades de producción una vez que las mismas acrediten un funcionamiento mínimo de cuatrocientas ochenta horas anuales a plena carga o equivalentes si no funcionan a plena carga.

En el momento de los hechos analizados, la regulación existente establecía que cada agente generador debía presentar una única oferta al mercado de generación de energía eléctrica específica para cada una de sus unidades de generación. Esta oferta debe contener un precio y una potencia disponible para cada período horario, pudiendo dentro de cada hora hacer varias ofertas fraccionadas de potencia. Así dentro de la misma hora se puede ofertar una cantidad a un precio y cantidades adicionales a precios superiores. Cabe además distinguir entre oferta simple y compleja. La oferta simple contiene un precio según el cual se está dispuesto o no a entrar en la casación (no incluye ninguna condición adicional que deba ser tenida en cuenta en la casación), mientras que la oferta compleja, además de este precio (término variable) contiene lo que se denomina el término fijo, que impone condiciones mínimas, económicas o técnicas, que de no cumplirse hacen que se descarte su participación en el programa diario. En la primera fase del mercado, la del diario, la casación de la oferta agregada y la demanda agregada se realizan atendiendo sólo al término variable de la oferta compleja, de forma que si éste es inferior al de la última unidad casada, entrará en el programa diario. Ahora bien, si con las horas en las que deba estar en funcionamiento esa unidad de generación, no se cumple con el segundo criterio solicitado, bien sea de ingresos mínimos, o de potencia mínima solicitada, o de cualquier otro criterio de los contemplados en las ofertas complejas, entonces saldrá del programa diario.

En la segunda fase, si se producen restricciones técnicas durante ciertos períodos del día, nos encontraremos en un mercado en el que solo habrá un demandante, el operador del sistema, REE, y un conjunto reducido de oferentes, ya que solo unas pocas unidades de generación ubicadas en la zona pueden resolver esa demanda específica y temporal. Dado que la solución de las restricciones técnicas constituye una alteración no deseable del mercado,



los criterios aplicados por el Operador del Sistema y el Operador del Mercado están orientados a minimizar el impacto de la solución sobre el resultado de la casación y el sobrecoste derivado de dicha solución. Por ello, de todas las unidades que pueden acudir a la resolución de la restricción técnica en cuestión, el operador del sistema seleccionará aquella que haya ofertado el menor precio al mercado de generación de energía eléctrica. En el momento de los hechos, ambas fases de este mercado, la primera y la segunda, se resuelven con una única oferta al mercado. En la resolución de restricciones técnicas no se considera ninguna condición compleja de las ofertas de las unidades de producción, pero sí se respeta el mínimo técnico en el caso de asignar unidades de producción que no hubieran sido casadas en el mercado diario.

La utilización de ofertas complejas responde a la necesidad de considerar el acoplamiento de la producción entre las diferentes horas, ya que las condiciones reales de un generador no se ven enteramente reflejadas en un coste proporcional a la cantidad producida y una capacidad máxima de generación, que son los dos parámetros que puede recoger una oferta simple. Las ofertas complejas de venta son aquellas que, cumpliendo con los requisitos exigidos para las ofertas simples, incorporan, además, todas o algunas de las condiciones técnicas o económicas siguientes: condición de indivisibilidad, gradiente de carga, parada programada y/o ingresos mínimos. En el caso que nos ocupa interesa especialmente ésta última.

La condición de ingresos mínimos permite la realización de ofertas en todas las horas, pero permite que la unidad de producción no participe en el resultado de la casación del día si no obtiene, para el conjunto de su producción en ese período, un ingreso igual o superior a una cantidad fija, establecida en euros, más una remuneración variable, establecida en céntimos de euro por cada kwh casado. En la práctica, la condición de ingresos mínimos asegura que el generador recupere los costes totales de funcionamiento, incluyendo los costes de arranque.

El concepto de “restricciones técnicas” es un concepto antes que nada técnico, del que se derivan ciertas implicaciones económicas y jurídicas dependiendo del régimen en que cada sistema eléctrico haya decidido funcionar. En efecto, no tiene el mismo tratamiento la solución de restricciones técnicas en un contexto de gestión centralizada, como aquel en que operaba el Sistema Eléctrico Español hasta 1998, y la solución resultante de un sistema de generación de libre mercado, como en el que actualmente opera en nuestro país.



Una restricción técnica es aquella limitación física derivada de la configuración de la red de transporte que impide que el suministro de energía eléctrica pueda realizarse con las condiciones necesarias de seguridad, calidad y fiabilidad, dado un despacho de generación, una localización de la demanda y una topología de la red de transporte. Estas pueden no solo limitar las transacciones a realizar en un mercado en régimen de libre* competencia sino también distorsionar el correcto funcionamiento del mismo. Así, un ejemplo de dicha distorsión se puede encontrar cuando en un área del sistema, que precisa generación para resolver restricciones, los agentes elevan excesivamente los precios de sus ofertas de generación ejerciendo poder de mercado.

El análisis y solución de las restricciones técnicas que aparecen en un mercado de energía eléctrica es responsabilidad del Operador del Sistema, debido a que éste es el que mejor conoce el estado topológico y las limitaciones técnicas de la red que gestiona. La eliminación de las restricciones técnicas del mercado, se realiza habitualmente mediante el redespacho de generación. La reducción de demanda se considera únicamente en aquellos casos en que las restricciones técnicas no pueden ser eliminadas mediante el redespacho de generación. Para llevar a cabo la función de análisis y solución de restricciones técnicas, el Operador del Mercado ha de facilitar al Operador del Sistema las transacciones de energía asignadas mediante los mecanismos de mercado.”

La solución de las restricciones técnicas puede abordarse por tres vías. A medio y largo plazo, se pueden realizar nuevas inversiones en redes de transporte o nuevas inversiones en generación en la zona geográfica donde se produce el problema. Sin embargo, a corto plazo sólo es factible resolver el problema en el momento que se produce mediante el acoplamiento de centrales que no estaban inicialmente previstas en el programa diario de generación, subiendo la potencia de las ya acopladas, si es posible, o incluso desacoplando otras centrales. En este último caso, es el operador del sistema, REE, quien decide cómo implementar la solución, esto es, qué centrales es preciso acoplar o desacoplar, o bien han de reducir o aumentar carga de entre las disponibles para ello.

La retribución de las unidades que se ven implicadas en el proceso de solución de restricciones se determina como sigue:

- Las unidades de producción retiradas no reciben remuneración alguna, ya que se realiza una rectificación de la anotación en cuenta del mercado diario calculada como el producto de la energía retirada valorada al precio marginal correspondiente.



- Las unidades que finalmente producen como consecuencia del mecanismo de resolución de restricciones técnicas son remuneradas al precio de su oferta al mercado diario y no al precio marginal resultado de la casación. En concreto, se toma el precio de la oferta, bien sea simple o compleja, que suponga una mayor retribución para el vendedor.
- En los casos en los que el precio tenga en cuenta las condiciones de la oferta compleja, se comprueba la condición de ingresos mínimos de aquellas unidades que hayan debido arrancar como consecuencia de este proceso de ajuste. El término fijo de la oferta compleja se retribuye tantas veces como el grupo deba arrancar para la solución de restricciones.
- La diferencia entre el precio de la oferta que resuelve restricciones y el precio marginal del mercado diario genera un sobrecoste que es satisfecho por todos los compradores del mercado diario y por aquellos que adquieran energía a través de contratos bilaterales físicos, en proporción a la energía eléctrica casada en el mercado diario o comunicada, en el caso de contratos bilaterales físicos.

De todo lo anterior se deduce que las restricciones técnicas que se producen, y su posterior resolución, tienen una afectación inmediata al mercado de generación de energía eléctrica, por lo que resulta imprescindible conocer y entender el funcionamiento de dicho mercado para poder evaluar la conducta imputada en este caso. Es por lo que dedicaremos los siguientes párrafos a describir el funcionamiento de este mercado, su regulación y sus implicaciones en la delimitación del mercado relevante desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

Tercero.- La constatación de una práctica de abuso de posición de dominio requiere la delimitación del mercado relevante en el que el supuesto abuso se estaría realizando. Ésta ha sido una cuestión ampliamente discutida en el presente caso por parte de IBERDROLA, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica. Comenzaremos por estudiar la primera de ellas.

El TDC ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la delimitación de este mercado, haciéndolo por primera vez en el Informe de concentración económica C60/00 ENDESA/IBERDROLA, en que se señalaba *“el mercado relevante de producto es el de la generación eléctrica que se compra y se vende a través del pool o mercado mayorista. En este mercado concurren en régimen de competencia, por el lado de la oferta el régimen ordinario, el régimen especial de más de 50MW y la importación y, por el lado de la demanda, los distribuidores, los comercializadores y los clientes cualificados. También resulta afectado el mercado de energía contratada mediante contratos*



bilaterales, ya que estos contratos se realizan en régimen de libre competencia.”

Con respecto a las restricciones técnicas, el Tribunal seguía diciendo: *“en estos casos, para satisfacer la demanda de energía de una zona concreta se ha de poner en producción una central de generación determinada, generalmente la más cercana a la zona afectada por el déficit energético y, en consecuencia, esa energía no se genera por el sistema establecido en el mercado mayorista. Es decir, no es energía generada como resultado de la casación de la oferta y la demanda del sistema, ni se retribuye al precio del mercado mayorista, sino al precio que oferta la central que resuelve la restricción técnica. En resumen, existen ciertas zonas geográficas donde se generan restricciones técnicas que sólo pueden ser resueltas por un escaso número de centrales de generación todas ellas pertenecientes, a menudo, a la misma empresa que actuará en tales circunstancias en régimen de monopolio. Por ello, cabe considerar el mercado de restricciones como un mercado afectado independiente del resto de mercados anteriormente delimitados.”*

El SDC, en su Informe Propuesta, haciendo referencia a esta delimitación previa del TDC concluye que: *“Así pues, puede definirse el mercado relevante en un contexto de restricciones técnicas como un submercado dentro del mercado organizado y relacionado con éste, pero con entidad propia, puesto que en él concurren todos los elementos propios de un mercado: la oferta, la demanda y el precio”.*

Por su parte, el denunciado alega que las restricciones técnicas no constituyen un mercado separado, y para ello se apoya en los siguientes argumentos: se usa la misma oferta de precio que se envía al mercado diario; el sobrecoste forma parte del precio del mercado mayorista; las restricciones técnicas no responden a criterios económicos sino técnicos; no hay una demanda que participe en el proceso de restricciones, ya que no hay ningún consumidor asociado a este procedimiento, sino que todos los generadores llamados a solucionar las restricciones lo hacen para el conjunto del sistema; su objeto es la calidad y seguridad del suministro y es el operador del sistema el que decide la utilización de los grupos; y sólo el 2% de toda la demanda de energía eléctrica es generada en el procedimiento de restricciones técnicas.

Interesa llegados a este punto recordar que, como se ha expuesto anteriormente, en España el mercado de generación de energía eléctrica, se organiza en cuatro fases: (1) la denominada por el regulador, mercado diario, (2) la denominada mecanismo de restricciones técnicas, (3) la denominada mercado intradiario, y (4) los servicios complementarios y gestión de desvíos. A efectos de un análisis desde la perspectiva de competencia, es relevante el alcance de los tres primeros, ya que son los que van a intervenir en la conducta analizada. Se trata de determinar si cada una de estas tres fases, independientemente del nombre que se le asigna en la legislación que las



regula, presentan los elementos necesarios y determinantes para que sean consideradas mercados diferenciados desde el punto de vista de competencia. Aplicando los criterios de delimitación de mercados relevantes, nos encontramos con que tenemos un bien, la energía eléctrica, que desde un punto de vista físico es exactamente igual en cualquiera de las tres fases, pero distinto desde la óptica de su valor económico, del tipo de demanda que satisface, de su oferta, de su dimensión espacial, y del momento en que se produce la transacción.

La primera fase o mercado diario, se define, por parte del operador del mercado, OMEL, como parte integrante del mercado de producción de energía eléctrica, y se caracteriza por que:

- se realiza en un única sesión con un día de antelación a la generación objeto de transacción,
- pueden participar en la oferta todos los agentes productores, comercializadores, consumidores cualificados e importadores,
- pueden participar en la demanda todos los agentes distribuidores, comercializadores, clientes cualificados y exportadores,
- se realiza en libre competencia, la cual determina la cantidad que se genera y el precio,
- se obtiene un precio de casación que servirá para remunerar a toda la energía generada en este mercado,
- se negocia mas* del 90% de la energía necesaria para el suministro eléctrico español,
- tiene dimensión geográfica peninsular.

La segunda fase o mercado de restricciones técnicas nace porque ante problemas de índole técnica hay que modificar el resultado de la fase anterior, y sus características son:

- tienen dimensión regional,
- hay un único demandante, el operador del sistema,
- hay un número reducido de oferentes, aquellos que cumplen el criterio de estar disponibles pero no haber sido casados en la fase anterior, y estar ubicados en la zona donde se origina la restricción. Estos criterios hacen que en ocasiones y en determinadas zonas, como el caso presente, sólo exista una empresa oferente,
- el precio será el más barato entre los oferentes, o el fijado por el monopolista en su caso,
- se produce no más del 2% de la energía necesaria para el suministro eléctrico.

El nuevo Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, establece un nuevo sistema de ofertar de forma independiente al mercado diario y a restricciones.



La tercera fase o mercado intradiario se define por parte del operador del mercado, OMEL, como parte integrante del mercado de producción de energía eléctrica y se caracteriza por que:

- las ofertas y demandas de este mercado tienen por objeto atender los ajustes sobre el programa diario viable definitivo, esto es después de incorporar los cambios ocasionados por las restricciones técnicas,
- se convocan seis sesiones, con diferentes horizontes de programación, de forma que la última sesión se cierra sólo tres o cuatro horas antes de comenzar su correspondiente generación,
- sólo pueden ofertar los agentes que hayan participado en el mercado diario y/o en restricciones técnicas,
- sólo pueden demandar los agentes que hayan participado en el mercado diario,
- se realiza en libre competencia, con determinación de precio y cantidad para cada sesión,
- toda la energía generada se remunera al mismo precio,
- se negocia menos del 1% de toda la energía necesaria para el suministro eléctrico,
- tiene dimensión geográfica peninsular.

Por lo tanto, el Tribunal es consciente de que existe una única oferta de precio y que esa oferta es la misma que servirá para resolver si la unidad de generación participará en el mercado diario toda vez que el precio ofertado sea igual o menor que el precio de casación, o si por el contrario queda fuera del mercado. También es consciente de que si la unidad de generación es llamada a restricciones técnicas será remunerada según la oferta realizada, y en el caso de que hubiese sido una oferta compleja, se le remunerará según la condición económica más ventajosa para ella. Por lo tanto, si bien se trata de una oferta única, como recuerda el denunciado, dado el sistema de remuneración fijado en la regulación, la energía generada por esa unidad en el mercado diario será remunerada no al precio que ofertó, sino al precio de casación, en general mayor que el de la oferta salvo que la unidad haya marcado el precio de equilibrio, mientras que la energía generada por esa misma unidad para resolver restricciones técnicas recibirá otro precio, el de su oferta. Por lo tanto la energía generada por la misma unidad tendrá precios distintos, dependiendo de que genere para el diario o para restricciones. El análisis de si existen precios distintos en los mercados analizados, forma parte de las herramientas empleadas en todo ejercicio de delimitación de mercado relevante.

En lo que respecta al sobrecoste, ciertamente, como alega IBERDROLA, éste recae sobre el precio final mayorista. El regulador ha decidido que todos los sobrecostos de restricciones sean repercutidos sobre todos los agentes



compradores del mercado mayorista, como no podía ser de otra manera cuando la energía adquirida es indiferenciable, no sólo por zona geográfica, sino también por tecnología, y se ha decidido no establecer precios finales diferenciados por regiones asociados a distintos costes de generación. No obstante, el “sobreprecio” no se distribuye entre todos los agentes generadores, sino que lo percibe íntegro el agente que genera en restricciones. No parece, en definitiva, que esta cuestión deba afectar a la delimitación del mercado relevante de producto.

Respecto al argumento de que no hay consumidores demandando energía eléctrica en el procedimiento de restricciones técnicas sólo cabe recordar que la fase de restricciones técnicas es una de las cuatro que participan en la generación de energía eléctrica, y que tampoco hay consumidores demandando sólo energía procedente del mercado diario, o sólo del mercado intradiario, o de servicios complementarios y gestión de desvíos. Lo que hay es un sistema que en su conjunto demanda esa generación para la resolución de un problema de restricciones técnicas que de no solucionarse provocaría el desabastecimiento temporal de la zona afectada. Además afirmar que el incremento del precio de la energía producido por la manipulación del mercado para provocar restricciones técnicas no tiene efecto sobre los consumidores constituye una manifestación, cuya sola formulación pone de manifiesto su falta de sentido.

En efecto, las restricciones técnicas como su nombre indica surgen por una incapacidad técnica de satisfacer la demanda en una zona concreta en un momento del tiempo concreto y su objeto está ligado a consideraciones de calidad y seguridad de suministro. Sin embargo su resolución tiene claramente un impacto económico y el valor de la producción en este contexto tiene también un precio diferente, por lo tanto, tampoco el Tribunal cree que estos argumentos deban ser tenidos en cuenta para definir el mercado relevante de manera diferente a como lo ha venido haciendo con anterioridad.

Por último, sobre el pequeño tamaño relativo de las restricciones, solo el 2% de la generación de energía eléctrica, no considera este Tribunal que el criterio de tamaño relativo sea un criterio relevante en la delimitación de un mercado, en todo caso lo sería para evaluar el efecto que una determinada conducta tendría en el sector.

No encuentra pues el Tribunal, entre las alegaciones de la denunciada, argumentos que desvirtúen la realidad de que en la generación de energía eléctrica en restricciones técnicas hay un demandante, el sistema en su conjunto, que demanda cierta cantidad de energía eléctrica en determinados momentos del tiempo, una serie de oferentes, que serán los generadores con capacidad de generación en la zona afectada, generalmente un número



reducido, y un precio a pagar por dicha energía, el precio que los oferentes hayan pedido.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal también ha considerado el nuevo Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias de resolución de energía eléctrica, en el que se introduce un cambio que consiste en que los agentes realizan ofertas por separado al mercado diario y al de resolución de restricciones técnicas. Claramente tras el cambio regulatorio puede haber ofertas diferenciadas, pero desde el punto de vista de defensa de la competencia en el ejercicio de delimitación de los mercados relevantes, no cambia ni el número de oferentes, ni el número de demandantes, ni la existencia de un precio remunerador diferente del obtenido en el mercado diario.

Revisados todos los argumentos anteriores, el Tribunal considera que: (1) cada una de estas fases presenta los elementos básicos para que sean definidos como mercados de producto a efectos de un análisis de defensa de la competencia, (2) la propia configuración secuencial en el tiempo, derivada de la lógica del sistema de funcionamiento, hace que estos productos no sean sustituibles entre sí, como tampoco sería sustituible su oferta, y por tanto se trata de tres mercados diferenciados, el diario, el de restricciones técnicas, y el intradiario, y (3) dada la evidente conexión que existe entre ellos, en especial entre el diario y el de restricciones técnicas el Tribunal los considera como mercados conexos, a efectos del análisis de defensa de la competencia, que se ha de realizar en este expediente.

Por lo que respecta a la dimensión geográfica del mercado afectado, el SDC concluye que, *“de la misma forma que ocurría en el mercado de producto, en un contexto de restricciones técnicas, dada la naturaleza del problema, el mercado... pasa a tener una entidad regional, viniendo delimitada su amplitud por las zonas afectadas por la restricción”*. Y continúa diciendo que *“En el caso del expediente de referencia 2560/04, REE ha establecido, para el período investigado, que los grupos de Castellón 3, Escombreras 4 y 5 pueden considerarse incluidos en dos subsistemas eléctricos diferenciados, integrados ambos en la Zona relevante. Castellón 3 está integrado en el subsistema Levante-Norte, junto a los restantes grupos térmicos que evacuan en el mismo nudo eléctrico de 400 kV y otros grupos térmicos e hidráulicos localizados en dicha zona eléctrica. Los grupos de Escombreras 4 y 5 se podrían considerar integrados en el subsistema Levante-Sur, evacuando desde el mismo nudo eléctrico de 400 kV. Asimismo, REE señala que, al resolver las restricciones técnicas asociadas directamente a los análisis de restricciones técnicas aplicados en la zona de Levante-Sur, mediante la programación de los grupos Escombreras 4 y/o 5, pueden aliviarse también problemas de sobrecarga identificados en la zona Levante-Norte. En conclusión, este SDC considera que*



el mercado relevante en el expediente de referencia es el mercado de suministro de electricidad en restricciones técnicas en la zona eléctrica de Levante, integrada por dos subsistemas, Levante-Norte y Levante-Sur. Dado que la consideración de la definición geográfica amplia (por zonal eléctrico) o estrecha (por subsistema) no altera el análisis de competencia en el presente caso, puede dejarse abierta la definición exacta del mercado geográfico.”

Con respecto a la definición del mercado desde el punto de vista geográfico, IBERDROLA alega básicamente dos hechos. El primero, que la norma reguladora del mercado de producción de energía eléctrica no distingue zonas de mercado en las que los precios de la electricidad difieran, y por tanto no cabe definir otro mercado que el de producción de energía eléctrica en todo el ámbito peninsular español. A este respecto, continúan diciendo *“dicha circunstancia se deriva de la configuración de la red de transporte administrada por el operador del sistema, formada por un gran número de líneas de muy alta tensión y gran capacidad que conectan las distintas zonas del territorio y los centros de producción”*. El segundo argumento de IBERDROLA es que la consideración del SDC sobre la existencia de zonas geográficas donde se generan restricciones técnicas que sólo pueden ser resueltas por un escaso número de centrales de generación localizadas en la proximidad, *“carece de todo fundamento [ya que] encuentran su apoyo en distintos informes aportados por Red Eléctrica ante el SDC en el presente expediente... dichos informes introducen un evidente grado de confusión en relación con la posible existencia de mercados geográficos distintos del de generación de energía eléctrica en España.”* Sobre esta cuestión continúa diciendo que según sus estudios, aportados al expediente, *“se constata la influencia de diversos grupos generadores en la solución de las restricciones técnicas de los que el SDC llama “Zona Levante”, demostrándose que centrales tan lejanas geográficamente de Castellón como el ciclo combinado de San Roque o la Central Térmica de Algeciras, están contribuyendo de una manera efectiva a la solución de las restricciones técnicas en la zona de Levante.”*

El concepto de dimensión geográfica local o regional es inherente a la propia naturaleza de la restricción técnica. Por tanto, sólo se entiende que la denunciada insista en que el mercado geográfico afectado es de ámbito geográfico peninsular en su negación de que la generación de energía eléctrica para resolver restricciones técnicas sea un mercado relevante de producto. En este contexto, su recurso a que la normativa reguladora no distingue en zonas de mercado en las que los precios de la energía difieran no es de aplicación al caso, dado que el Tribunal ha delimitado el mercado relevante de producto como el de generación de energía eléctrica para la solución de restricciones técnicas. Dado que la restricción técnica viene provocada, una vez configurado el PBDF con la concurrencia de la oferta y la demanda de energía eléctrica, por un problema técnico derivado de la configuración de la red de transporte,



deberán ser las limitaciones técnicas de dicha red las que marquen los límites geográficos de la restricción.

También es importante, a efectos de delimitar el mercado geográfico relevante, la naturaleza de la restricción técnica, ya que dependiendo de ésta, la solución a adoptar puede ser diferente y podría modificar los límites geográficos del mercado relevante que pretendemos delimitar. Las causas se pueden agrupar principalmente en dos tipos: restricciones debidas a problemas de subtensión y restricciones debidas a sobrecarga. En la práctica, en el sistema eléctrico peninsular español, el problema con mayor incidencia es el de subtensión. Ésta se soluciona mediante la conexión de nuevos generadores, mientras que las sobrecargas aparecen con poca frecuencia en el sistema español y se solucionan reduciendo generación de determinadas unidades, aumentando la generación en otras y acoplado nuevas unidades de generación. El Tribunal, en su diligencia para mejor proveer, se dirige al operador del sistema para preguntarle por la causa de las restricciones técnicas, respondiendo que hay dos causas: *“Insuficiente producción en el programa base de funcionamiento para cubrir la demanda prevista por el operador del sistema en dicha zona, bien porque los grupos no estaban programados en el programa base o bien porque se encontraban indisponibles, e indisponibilidades o descargas de red en los ejes Este-Levante y Alicante-Murcia durante el período requerido”*. Esta distinción no es neutra a efectos de delimitar el mercado geográfico, ya que a la solución de las segundas pueden contribuir unidades ubicadas fuera de la zona afectada, reduciendo su nivel de producción, por el contrario, la solución de las primeras sólo puede realizarse con generación ubicada dentro de la zona, tal y como ha quedado demostrado en el HA 1. Puesto que la incidencia de las primeras es mucho mayor que la de las segundas*, el Tribunal comparte la delimitación establecida por el SDC, que a su vez sigue escrupulosamente los criterios marcados por el técnico, esto es, por el operador del sistema. Este operador independiente, REE, viene realizando sus labores de operador de sistema desde 1985, estando también encargado de la operación y mantenimiento de la red de transporte desde entonces, cuestiones que le otorgan, a juicio de este Tribunal, un conocimiento de la red, de sus capacidades y sus limitaciones, que ningún otro agente en el mercado ha tenido posibilidades de adquirir. Por ello se entiende que dispone de un criterio superior tanto en la determinación de las zonas donde se producen las restricciones técnicas, como en la adopción de las soluciones técnico-económicas más apropiadas. Sus explicaciones a la hora de describir las zonas geográficas afectadas por restricciones técnicas, y la ubicación geográfica de las unidades de generación que son técnicamente capaces de resolverlas son claras, y delimitan las zonas de Levante Norte y Levante Sur.

Abundando en esta cuestión, hay que distinguir claramente que si bien las causas que generan alguno de los tipos de restricciones técnicas antes señalados pueden ser muy variadas, la solución a las mismas es, a menudo, única. En este punto, REE es clara. Las restricciones técnicas se pueden



generar por una multiplicidad de factores, muchos de los cuales no se originan en la zona donde se generan, pero su conjunción con otros factores en la zona como puede ser la falta de capacidad programada en la zona, hacen que solo unidades de generación ubicadas en la misma zona donde se produce la restricción puedan resolver el problema. En este sentido, y teniendo en cuenta que la red de alta tensión en España está intensamente mallada con líneas de muy alta tensión, el Tribunal acepta, tal y como alega IBERDROLA, que grupos generadores de fuera de la zona puedan contribuir a aliviar ciertas tensiones en la zona de restricciones técnicas, especialmente cuando el problema es de sobrecarga (el 33% de las veces). Pero cuando la restricción se genera por subtensiones (el 67% de las veces), o lo que es lo mismo por falta de generación dentro de la zona, sólo las unidades ubicadas en la zona pueden resolver el problema. Estas últimas consideraciones justifican una delimitación geográfica limitada.

En consecuencia, el Tribunal hace suya la delimitación propuesta por el SDC, que a su vez procede del operador del sistema, esto es, el mercado asociado a las zonas de Levante-Norte y levante-Sur. También coincide con el SDC en que dado que las unidades de generación ubicadas en ambas zonas pertenecen al mismo grupo empresarial, IBERDROLA, el análisis a efectos de defensa de la competencia no requiere una mayor precisión sobre si ambas configuran un único mercado, o deben ser consideradas como dos mercados diferenciados.

Cuarto.- La posición de dominio que una determinada empresa ostenta en un mercado relevante previamente definido es el paso siguiente para el análisis de si ha existido o no abuso de dicha posición. Para la aplicación de este concepto, posición de dominio, la definición más veces citada, por haber sentado jurisprudencia, es la que se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso de *United Brands vs Commission*, y que reproducimos aquí: *“Es la situación de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante al poder comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes, y en última instancia de los consumidores”*. Así pues, dos son los conceptos implicados en la definición: la independencia de comportamiento -la conducta-, y la obstaculización de la competencia efectiva -el efecto-.

En la práctica la objetivación de estos conceptos viene realizándose a través de los denominados tests de dominancia, abordados ya por este Tribunal en resoluciones anteriores -514/01 IBERIA, entre otras- y que se basan en un análisis estructuralista del mercado.

El SDC, en su Pliego de Concreción de Hechos, mantiene con respecto a la independencia de comportamiento que: *“En el expediente de referencia, queda*



fuera de toda duda la independencia de comportamiento de las centrales de IBERDROLA Generación con respecto a la demanda, puesto que en un contexto de restricciones técnicas, ésta es inelástica al precio (dado que la demanda es la necesaria para resolver las restricciones, sin tener en cuenta el precio).

En cuanto a la independencia de comportamiento respecto a sus competidores, también es clara: dentro del subsistema Levante-Norte, REE ha señalado que, además de la central de Castellón 3, deben considerarse incluidas las centrales térmicas de Castellón 2, la Central nuclear de Cofrentes, la central reversible de La Muela y la central hidráulica de Cortes II, todas ellas pertenecientes al Grupo IBERDROLA. No obstante, señala que en todos aquellos días en que se ha programado energía por restricciones en la central de Castellón 3 durante los períodos considerados, la programación de los grupos reversibles y/o hidráulicos existentes en la zona no resolvía las restricciones técnicas identificadas en esta zona, al no ser suficiente la programación de estos grupos para garantizar la seguridad del sistema.

En la zona Levante-Sur están incluidos exclusivamente los dos grupos investigados, Escombreras 4 y 5, ya que solamente ha sido posible la utilización de estos grupos para la resolución de las restricciones técnicas identificadas en esta zona eléctrica.

Por tanto, IBERDROLA Generación tuvo posición de dominio en los mercados relevantes definidos durante los períodos investigados. Dicha posición de dominio es especialmente relevante si se tiene en cuenta la frecuencia con la que aparecen restricciones técnicas en la zona. En efecto, la propia IBERDROLA afirma en sus alegaciones que “Las restricciones en la zona mediterránea (no sólo en la que REE ha denominado de una manera aleatoria Zona Levante-Norte) han existido siempre, como consecuencia de tratarse de áreas de fuerte consumo e importante crecimiento de la demanda.”

Por su parte, IBERDROLA Generación no realiza alegación alguna con respecto a la posición de dominio, ya que parte de la negación del mercado relevante definido por el SDC, e insiste en que: “el único mercado relevante a efectos del presente expediente es el Mercado de Electricidad o Mercado de Producción de Energía Eléctrica o simplemente Mercado Eléctrico. Y este mercado tiene un ámbito geográfico peninsular” y como consecuencia de ello, afirma que: “IBERDROLA no dispone de posición de dominio alguna.”

En el mercado relevante delimitado por el Tribunal, como se deduce del HA 2, todas las centrales ubicadas en esas zonas que pueden resolver las



restricciones técnicas resultantes del PBD, pertenecen al mismo grupo empresarial, que no es otro que IBERDROLA. Por lo tanto, el operador del sistema, REE, ante la existencia de restricciones técnicas en estas zonas sólo puede llamar para su resolución a IBERDROLA, único oferente en el mercado. Aplicando un análisis estructuralista nos encontramos que la cuota de mercado de IBERDROLA, dada su posición monopolista, es del 100%; la sustituibilidad de la oferta es nula, ya que no existe en la zona ninguna otra unidad de generación que pertenezca a un operador distinto de IBERDROLA; la sustituibilidad de la demanda es inexistente, porque nada puede sustituir a la generación de las unidades de generación ubicadas en la zona para resolver la restricción técnica; y por último no existe competencia potencial alguna en el corto y medio plazo. La competencia potencial sería posible o bien con nuevas instalaciones de generación en la zona, o bien con inversiones en red que permitieran ampliar el perímetro delimitado por la restricción e incluir así otras unidades de generación capaces de resolver la restricción. Ambas vías requieren inversiones elevadas y sobre todo períodos largos de construcción (poco menos de dos años para una central como la de Castellón 3), y por tanto ambas opciones serían de medio y largo plazo.

En el asunto objeto de esta resolución, el Tribunal no sólo dispone de la herramienta de análisis que la estructura de mercado le brinda, sino que dispone también de los elementos necesarios para constatar que IBERDROLA GENERACIÓN consigue actuar con independencia de comportamiento con las unidades objeto de esta resolución, como prueba el hecho de conseguir un nivel de ingresos medios en cada una de estas unidades de generación independiente del nivel de precios finales en el diario, es decir, el obtenido en el mercado que supuestamente funciona en competencia.

El análisis de los gráficos 2.1, 2.2 y 2.3 revela que, en efecto, IBERDROLA tiene independencia de comportamiento y que la ejerce cambiando su estrategia de oferta cuando el nivel de precios del mercado diario no resulta ser de su interés. Este cambio consiste en pasar de una estrategia, que denominaremos estrategia de “ofertar al diario”, a otra que denominaremos estrategia de “ofertar a restricciones”. Los precios que reflejan las ofertas vienen representados en los gráficos por PMO.

La estrategia de “ofertar al diario” consiste en ofertar a unos precios inferiores a los precios esperados del mercado diario, de manera que toda la energía así ofertada será casada en este mercado diario, y remunerada al precio de casación de dicho mercado, el precio denominado PMD en los gráficos, y al que se remunera a toda la energía del sistema que participa en este mercado. La estrategia de “ofertar a restricciones” consiste en ofertar a un precio superior al precio esperado del mercado diario, de tal manera que las unidades de generación así ofertadas no serán casadas en el mercado diario, y quedarán en disposición de ser llamadas a generar en restricciones, en cuyo caso serán



remuneradas al precio ofertado, totalmente independiente del precio del mercado diario (PMD), y sustancialmente más alto. Las horas del día que no funcionan en restricciones técnicas acuden al mercado intradiario, evitando así paradas y arranques indeseados.

El gráfico 2.1 muestra el cambio de estrategia de IBERDROLA con su unidad de generación Castellón 3, coincidiendo dicho cambio de estrategia con un cambio en el nivel medio que experimentan los precios del mercado diario (serie amarilla). Este cambio se observa en las ofertas realizadas al operador del mercado, OMEL, en las que los niveles de precios de oferta (serie azul), PMO, son muy diferentes en los cuatro períodos analizados. La línea negra representa la media de dichos precios de oferta, y en ella se observan cuatro tramos de distinto nivel, al igual que en la línea roja que representa el nivel medio de los precios del mercado diario. El primer período abarca desde la habilitación otorgada por el Ministerio de Industria para participar en el sistema hasta el 17 de diciembre de 2002, período en el que se le supone un comportamiento competitivo, y cuyo precio medio de oferta está en 2,7 c€/kwh (el del diario en 2,9 c€/kwh); el segundo abarca del 18 de diciembre de 2002 hasta el 26 de mayo de 2003*, período en el que se le supone un comportamiento anticompetitivo, y cuyo precio medio de oferta es de 6,0 c€/kwh (el del diario es 2,2 c€/kwh); el tercero abarca del 28 de mayo de 2003 a 22 de octubre de 2003*, período en el que estaría actuando de nuevo competitivamente, con un precio medio de oferta de 2,2 c€/kwh (el del diario es 2,9 c€/kwh); y el último, del 23 de octubre de 2003 a 31 de diciembre de 2003, con un precio medio de oferta de 4,9 c€/kwh (el del diario es 2,5 c€/kwh), en que estaría de nuevo incurriendo en una práctica prohibida por la LDC.

Lo revelado por el anterior análisis pone de manifiesto que cuando los precios del mercado diario se reducen, IBERDROLA decide que su central de Castellón 3 no genere en el mercado diario, comportamiento que por sí mismo sólo muestra un cambio de estrategia de la empresa. La independencia de comportamiento se pone de manifiesto al analizar el ingreso medio de la unidad de generación. En el gráfico 3.1 del HA 4, se demuestra que éste ingreso medio se mantiene constante a lo largo de los cuatro períodos anteriormente analizados, e independiente del precio de mercado diario. La serie en verde de dicho gráfico representa el ingreso medio de Castellón 3 cuando actúa bajo la estrategia “ofertar a restricciones”, es decir, el ingreso por unidad de producto generado procedente de los mercados en restricciones y en el intradiario, mientras que la serie en rosa representa el ingreso medio de Castellón 3 cuando actúa bajo la estrategia “ofertar al diario”. El Cuadro 1.1 del mismo HA 4 muestra los resultados de estas estrategias, en el primer período de 2003 (invierno-primavera) cuando el precio del mercado competitivo es de 2,3 c€/Kwh, IBERDROLA consigue con su estrategia de “oferta a restricción” un ingreso medio de 4,4 c€/Kwh, cuando el precio del mercado competitivo es de 3,8 c€/Kwh IBERDROLA cambia a estrategia “ofertas al diario” y consigue un



ingreso medio de 4,0 c€/Kwh. Por último, cuando el precio del mercado competitivo se sitúa en 2,5 c€/Kwh, IBERDROLA cambia de nuevo de estrategia, se sitúa en la de “ofertas a restricciones” y consigue un ingreso medio de 4,0 c€/Kwh. Lo que demuestra que IBERDROLA no sólo que tiene posición de dominio, sino que la ejerce.

En resumen, el comportamiento de IBERDROLA le lleva a conseguir que independientemente del precio al que el mercado diario está remunerando la energía del sistema, que es un precio resultante de un proceso competitivo de oferta y demanda, su unidad de generación Castellón 3 consigue una remuneración tal que, coincidirá con la del diario cuando acude a este mercado pero que se situará muy por encima de la del diario cuando decide ir a restricciones. Y ello sólo es posible porque la posición de dominio que ostenta en el mercado de las restricciones técnicas, le permite obtener el precio pedido, sea el que sea. Tal y como muestra el Cuadro 2.1. del HA 6, denominado “Estrategias de oferta y resultados”, siempre que oferta al diario genera en el diario, y una elevada proporción de los días que oferta a restricciones es llamado a generar en restricciones, especialmente los meses de invierno y verano. El 100 % de los días entre junio y septiembre, y más del 70% en los meses de enero y febrero. La estrategia de “ofertar a restricciones” tiene éxito entre el 70% y 100% de las veces.

Para los casos de Escombreras 4 y Escombreras 5, los resultados figuran en los gráficos 3.2 y 3.3. En ambos, la línea amarilla son los precios del mercado diario y la línea azul los precios ofertados por IBERDROLA. Durante la mayor parte del año 2002, la mayoría de estos últimos precios se sitúan por debajo de los del mercado diario, lo que indica que IBERDROLA está situada en la estrategia “ofertar al diario”. A partir de octubre de 2002, los puntos de la serie azul se sitúan sistemáticamente por encima de los del mercado diario, o lo que es lo mismo, IBERDROLA pasa a una estrategia de “ofertar a restricciones”. El resultado de este comportamiento es que cuando el precio del mercado diario en el 2002 es de 4,2 c€/Kwh (de enero a octubre) IBERDROLA obtiene un ingreso medio de 4,8 c€/Kwh para Escombreras 4 y Escombreras 5, pero cuando en 2003 el precio del mercado del diario se sitúa en 3,0 c€/Kwh, IBERDROLA cambia a la estrategia “ofertar a restricciones” y obtiene unos ingresos medios de 7,5 c€/Kwh para Escombreras 4 y Escombreras 5.

En el caso de Escombreras 4 para los meses de junio a octubre la proporción de días que habiendo ofertado a restricciones fue llamada a generar en restricciones alcanzó un porcentaje de entre el 65 y el 80%, y para Escombreras 5 entre el 65 y el 75% de los días. Es decir, la estrategia denominada “ofertar a restricciones” es exitosa entre el 65 y el 80% de las veces para las unidades ubicadas en la zona sur en los meses de verano.



Por lo tanto, nos encontramos ante una situación de abuso de posición de dominio, consistente en que, previendo que la restricción técnica se va a producir con alta probabilidad, IBERDROLA ha optado, en su propio interés, por una estrategia de “ofertar en restricciones” a un precio muy superior al precio de mercado, con el objeto de no casar en el diario, y esperar a colocar su producción al precio fijado en su oferta cuando se produzca la restricción.

En conclusión, dado el resultado de los análisis efectuados por este Tribunal, IBERDROLA GENERACIÓN tienen una demostrada posición de dominio en el mercado de generación de energía eléctrica para restricciones técnicas en los mercados delimitados como Levante-Sur y Levante-Norte, posición que ha ejercido a través de sus unidades de generación de Castellón 3 durante los dos períodos de 2003 analizados, y con Escombreras 4 y Escombreras 5 durante el 2003.

De los gráficos analizados podría deducirse que la estrategia de “ofertar a restricciones” con Escombreras 4 y 5 comienza en octubre de 2002, pero dado que ni la CNE en su informe que da lugar a la incoación del presente expediente, ni el SDC en su instrucción, han considerado esta posibilidad, el Tribunal no tendrá en cuenta lo que haya podido suceder en dicho período del 2002.

Quinto.- Ha quedado demostrado que IBERDROLA tiene posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas, lo que le permite actuar de manera independiente al resto de los competidores y obtener unos ingresos, como consecuencia de su abuso, superiores a los que obtendría en el mercado diario, lo que ya de por sí es una clara obstaculización de la competencia efectiva en el mercado. Pero no es éste el único efecto, como veremos a continuación.

Como ha quedado expuesto, el mecanismo de participación en el mercado se hace a través de las ofertas al mercado diario, primera fase del procedimiento para la generación de energía eléctrica en el sistema español. El mecanismo de casación de oferta y demanda se basa en un sistema marginalista de tal forma que la oferta agregada está compuesta por las ofertas que cada agente ha realizado al mercado, ordenadas en orden creciente. El parque de generación español está formado por centrales de generación de diversa tecnología, nucleares, hidráulicas, térmicas antiguas como el carbón y el fuel, térmicas de nueva generación como las de ciclo combinado de gas natural, y todas las de nueva tecnología de recursos renovables, como eólica y solar básicamente. Esta diversidad tecnológica implica también una diversidad de costes de generación, ya que los costes de producir energía con una u otra tecnología varían considerablemente. De este modo, cada agente ofertará su energía al mercado a un precio que será igual o menor que sus coste.



Igualmente, en ausencia de posiciones de dominio, ningún agente tendrá incentivos a ofertar su energía por encima de su coste de generación, ya que corre el riesgo de ser sustituida por la siguiente unidad que haya ofertado a un precio inferior a ella, quedándose pues fuera del mercado y con su unidad de generación parada. Así, el precio final de esta primera fase, el denominado mercado diario, será el precio que haya ofertado la última unidad de generación necesaria para satisfacer la demanda del sistema, que por lógica deberá ser la más ineficiente (la más cara) de cuantas entren en producción.

La segunda fase en el sistema de generación es la que denominamos de restricciones técnicas. En ella el operador del sistema comprueba si el resultado de la casación de la primera fase es técnicamente viable. En caso de no serlo procederá a realizar los ajustes necesarios, que básicamente consisten en acoplar nuevas unidades de producción, (o aumentar la carga de las ya acopladas) o en desacoplar unidades que habían resultado casadas (o reducir la carga de las ya acopladas). La energía que es llamada a generar en restricciones, esto es, que no procede de la casación de la oferta y la demanda en condiciones de libre competencia, será llamada a generar y remunerada al precio al que había sido inicialmente ofertada, no al precio resultante de la casación que es al que se remunerará el resto de la energía. Nótese que el precio de la energía generada en restricciones será siempre mayor que el precio final de la energía que ha sido casada en la primera fase, ya que en caso contrario dicha energía habría entrado en la casación. Este sobrecoste, medido por la diferencia entre ambos precios y aplicada a la cantidad de energía generada para solucionar restricciones técnicas, se reparte entre todos los agentes adquirentes -compradores- de energía eléctrica.

Por lo tanto, incluso en ausencia de comportamientos anticompetitivos, la aparición de restricciones técnicas y su resolución tienen, por sí mismas, un claro efecto distorsionador de los resultados competitivos del mercado, derivado de la interrelación o conexión que hay entre el mercado del diario y el de restricciones técnicas y que se manifiestan de la forma siguiente: (1) unidades casadas en la primera fase, en la que funciona un sistema de libre competencia, deben ser retiradas, quedarán sin generar, y dejarán de percibir por tanto los ingresos que les habrían correspondido, (2) unidades no casadas en la fase anterior, debido a que su precio superaba el precio de casación, esto es, el de la primera fase deben ser incorporadas al sistema y remuneradas al precio ofertado por ellas inicialmente, y (3) el precio de la energía final se verá incrementado, al tener que añadirle el sobrecoste que acarrea tener que generar para resolver las restricciones técnicas. Es decir, la oferta que se haga en el primer mercado condiciona la formación del segundo mercado, ya que las ofertas configuran el programa de generación, y este programa de generación es el que va a condicionar o provocar la aparición del segundo mercado, el de



restricciones. Finalmente, el resultado de este segundo mercado hará modificar el resultado del primero, alterando el equilibrio al que se había llegado. Por lo tanto dada la conexión entre estos mercados, el operador que tenga posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas puede alterar el comportamiento competitivo del mercado del diario, creando restricciones técnicas derivadas de la retirada de capacidad que supone hacer ofertas al mercado diario sabiendo que no saldrán casadas.

En efecto, dada la situación del monopolista en la zona de restricciones, su propia estrategia de “ofertar a restricciones” es la que puede estar generando la restricción. Así, en los Cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 del HA 10, se observa la comparación, con los datos del expediente, de días equivalentes del año 2002 y 2003, con precios de mercado del mismo nivel y con demandas previstas del mismo nivel más su incremento anual. El cambio de estrategia de “ofertar al diario” por “ofertar a restricciones” da como resultado que la unidad de generación termina generando cantidades de energía eléctrica del mismo nivel (en el caso de Castellón 3 incluso mayor cantidad en restricciones), pero retribuidas a un precio mucho mayor.

Así, la estrategia “ofertar a restricciones” en lugar de “ofertar a diario” cuando no hay justificación objetiva para hacerlo tiene, según evidencian las simulaciones realizadas por OMEL los siguientes efectos:

1. La no oferta al diario provoca un déficit de generación en la zona que sólo podrá ser cubierto con energía en régimen de restricciones.
2. Esa energía que es llamada a restricciones se paga más cara.
3. La central que casa la última en el mercado diario es más ineficiente que la que ha decidido no acudir al diario y, por tanto, su coste marginal es mayor. Como éste marca el precio del mercado diario, para toda la energía generada, toda la energía y no sólo la de restricción, se pagará a un precio mayor de lo que se habría pagado si la unidad hubiese “ofertado a diario”.

El análisis solicitado al operador del mercado, OMEL, simuló, para los días en que las unidades generaron en restricciones, una nueva casación *ceteris paribus*, pero sustituyendo la “oferta de restricciones” por “ofertas al diario”.

Los resultados de la simulación han puesto de manifiesto que en efecto, si la central se hubiese colocado en la estrategia de ofertar al mercado, ésta habría



generado una cantidad incluso mayor que la generada realmente en restricciones, y el precio del mercado habría sido notablemente inferior. Estas simulaciones además de constatar el efecto de la conducta tienen la virtualidad de poder cuantificar el efecto, dado que ofrecían no sólo la cantidad que se habría generado en el diario, y no en restricciones, sino el menor precio que habría resultado de toda la energía final producida. IBERDROLA ha señalado que tales series pueden estar invalidadas por ciertas debilidades técnicas que hacen que algunos de los resultados sean cuestionables. El Tribunal remarca el hecho de que tales resultados no son imprescindibles a efectos de probar la conducta y que tienen, con todo, su valor informativo en los días simulados correctamente.

Por lo tanto, la aparición de restricciones técnicas es un fenómeno que distorsiona los resultados de un mercado en régimen de libre competencia, expulsando a productores que habían sido elegidos para generar mediante un proceso competitivo, incorporando a productores que adquieren en ese momento la condición de monopolistas, o en el mejor de los casos oligopolistas, e incrementando el precio final de la energía en el sistema.

Por lo que respecta al efecto en precios que las restricciones tienen en el precio final de la energía eléctrica, IBERDROLA manifiesta en sus alegaciones la falta de efecto de esta sanción, ya que la incidencia del coste de las restricciones técnicas en el precio final de la energía es mínima. El Tribunal no puede considerar que un impacto del 3% en el precio final sea un efecto despreciable, ya que estamos hablando de un bien básico para el consumidor final y de un input producido, cuyos costes, por lo tanto, incide en la competitividad de toda la economía. Pero lo que llama la atención, no es solo la repercusión en el precio final, sino su evolución, a partir de datos de OMEL, aportados por el notificante en sus primeras alegaciones y resumidos en el Cuadro 3 del HA 7. Si seguimos su evolución desde 1998, esta repercusión ha pasado de casi un 1% a un 3%, lo que estaría de nuevo evidenciando que el problema de las restricciones técnicas puede estar siendo usado de manera abusiva por parte de los generadores.

En resumen, el Tribunal habiendo constatado los efectos de la conducta analizada, considera probado en el presente expediente el abuso de la posición de dominio que obstaculiza la competencia efectiva y reduce el bienestar de los consumidores, ya que éstos verán incrementado el precio final de la energía, bien directamente si es un consumidor cualificado, esto es, no sujeto a tarifa, o bien indirectamente a través de un incremento en el denominado “déficit de tarifa”, y cuya cuantía es objeto de reconocimiento del regulador a favor de las



empresas. Este déficit se calcula en función de los precios finales de la energía eléctrica, y se traslada finalmente a los consumidores finales.

Sexto.- Probado que en el mercado relevante definido por el Tribunal IBERDROLA tiene posición de dominio y que ha abusado de ella, queda por determinar si resulta válida la justificación objetiva manifestada en las alegaciones para el comportamiento desarrollado por esta empresa.

IBERDROLA argumenta que la forma de diseñar sus ofertas al mercado de generación de electricidad deriva de un fallo regulatorio, de manera que no tiene otra alternativa de comportamiento si quiere evitar incurrir en pérdidas. La regulación existente en el momento de los hechos establecía, como ya hemos visto, una única oferta para presentar al operador del mercado. Sobre la misma oferta se determinaba la participación de la unidad de generación en el mercado diario, si el precio ofertado por dicha unidad resultaba ser menor o igual que el precio de casación del mercado, o si la unidad no era casada, podía ser llamada para generar en restricciones técnicas, y ser entonces remunerada al precio ofertado.

IBERDROLA señala que los costes de funcionamiento de las unidades de generación no son iguales si se funciona en régimen de restricciones técnicas o en régimen de mercado diario. Si una central es programada en el diario, suele estar funcionando de manera continuada, mientras que si es llamada para restricciones técnicas, normalmente sólo serán unas horas, y por tanto la unidad deberá ser parada las horas que no deba funcionar y arrancada los momentos que se le requiera. Los costes de arranque de una unidad son considerablemente elevados, por lo que es deseable un funcionamiento estable que evite paradas y arranques, ya que además del coste directo del arranque, las paradas y arranques continuados provocan mayores desgastes en la maquinaria de la central, incrementando los costes de operación y mantenimiento. Hay otro hecho que también incide en los costes y es que el rendimiento de las calderas es mayor cuanto mayor es la potencia a la que trabajan, y por tanto menores los costes de combustible. De nuevo, lo ideal sería trabajar a plena carga, algo que rara vez sucede cuando se es llamado a restricciones técnicas, más bien todo lo contrario, en restricciones técnicas normalmente se programa al mínimo técnico de la central, esto es, a la mínima potencia a la que la caldera puede funcionar.

Por ello, sigue argumentando IBERDROLA, la estrategia de ofertas pasa por calcular los costes de la unidad en el supuesto de plena carga. En función de los precios esperados del mercado. Si éstos son suficientes para cubrir los



costes, se optará por una estrategia de “ofertar al diario”, normalmente con precios muy inferiores a los esperados del mercado, incluso cero, para asegurar la casación. Si hay un fallo en las expectativas del agente la central no resultará casada y no entrará en funcionamiento. En este caso, si posteriormente es llamada a restricciones la unidad entrará en pérdidas, ya que será remunerada al precio que ofertó, pero sin embargo sus costes ahora no responden a ese precio, ya que fue pensado para generar en condiciones de mercado diario, con menores costes. Por lo tanto, si el agente anticipa que, dada la demanda prevista por REE y los precios esperados del mercado, su oferta no casará en el diario pero puede ser llamada a restricciones, deberá calcular sus costes en restricciones, y ofertar un precio que cubra dichos costes. Y eso es lo que hace que IBERDROLA oferte como figura en el expediente. Nótese que este cálculo requiere no sólo prever si casará en el diario o si será llamada a restricciones, sino la estimación más precisa del número de horas que será llamada a restricciones y la del precio del mercado diario. En algunas de sus alegaciones IBERDROLA ha demostrado tener un conocimiento tan preciso de estos términos que sin duda debilita sus otras alegaciones de que existe una alta incertidumbre sobre si generará en el diario o en restricciones y que, por tanto, una actitud conservadora le hace ofertar para cubrirse del riesgo de ser llamada a restricciones.

El SDC, ante la ausencia de información con respecto a los verdaderos costes de funcionamiento de las unidades de generación, ya sea en el mercado diario, ya en restricciones, ha llevado a cabo una metodología de estimación de los costes basada en los Costes Variables Revelados (CVR). El método consiste en observar el comportamiento de estas unidades de generación cuando seguían una estrategia de “ofertar al diario”. Sobre los días que actuaron así, se observan los precios que se formaron en el mercado del diario, que fueron los precios a los que les remuneraron su generación. El paso siguiente es tomar dichos precios como el límite máximo de sus costes variables, ya que si optaron por acudir al mercado diario es porque los precios del diario cubrían sus costes variables. De este modo, el SDC estima ese coste variable que desconoce, y asume que su valor aproximado es dicha estimación. Además, elimina del cálculo los días que estas centrales acudieron al mercado diario, pero que no habían acumulado aún las horas suficientes para cobrar la garantía de potencia, precisamente para hacer más robusta la estimación de estos costes, ya que en otro caso podrían entrar en la estimación días en que acudieron al mercado incluso a pérdidas con tal de acumular las horas necesarias para cobrar la garantía de potencia, concepto nada despreciable en la cuenta de ingresos de las empresas. Los CVR así estimados sirven al SDC para establecer la comparación entre ofertas competitivas y no competitivas.



IBERDROLA responde a los primeros informes de la CNE y del SDC con informes de parte, que también, de nuevo presenta ampliados ante el TDC, estando todos ellos contenidos en el expediente, y que pretenden contener los costes variables de operar en restricciones técnicas. Estos son el informe NERA y el informe INVESYDE, informes que contienen, por un lado, una explicación sobre los motivos de por qué los costes de operar en restricciones y en el diario son distintos, y por otro, una comparación de sus costes variables con los que el SDC estima como costes variables revelados (CVR).

Estos concluyen que las estimaciones del SDC, que establece un CVR para Escombreras 4 y 5 de 4,65 y 4,7 c€/kWh y para Castellón de 4,09 c€/kWh, infraestiman los costes, ya que éstas son menores que sus propias estimaciones. La estimación de costes del informe NERA son de 6,55 c€/kWh para Castellón 3 y de 9,62 c€/kWh para Escombreras 5, y sus estimaciones de ofertas para Castellón 3 es de 6,41 c€/kWh y para Escombreras 4 y 5 de 9,63 c€/kWh., continúan diciendo que, por lo tanto, con las estimaciones de costes realizadas y la información disponible del mercado, no se puede concluir que las ofertas realizadas sean diferentes a sus costes en funcionamiento en restricciones. A su vez, el informe INVESYDE establece un nivel de costes de funcionar en restricciones de las veinticuatro horas de 221.346 € para Castellón 3 y de 113.400 € para Escombreras 5, aun reconociendo que desconocen los precios de los combustibles para los períodos analizados. La lectura de estos informes pone de manifiesto que su cliente en ningún momento les ha aportado datos reales ni de sus costes ni de sus ofertas, por lo que el Tribunal no los considera válidos a efectos del presente expediente.

Por su parte IBERDROLA aporta nuevos datos en sus alegaciones finales, datos que resultan ser de nuevo estimaciones cuyo objeto es una vez más tratar de invalidar los CVR del SDC. En esta ocasión parten del CVR del SDC, y le aplican un coeficiente de incremento que es el resultante de comparar la carga en funcionamiento en diario (ya que el SDC estima CVR del diario) y la carga en funcionamiento en restricciones, que es como se debería haber calculado. Así se obtienen unos CVR mayores que los del SDC, y al compararlos con los ingresos medios estimados por ellos resulta un margen de ventas comparable al que obtienen con otras centrales de carbón del grupo. Todo un ejercicio de estimaciones pero sin ningún dato de costes reales que nos permita comparar con las ofertas realizadas por sus grupos.

La alegación de IBERDROLA sobre los CVR del SDC es que éstos están estimados para el funcionamiento en régimen de mercado diario, y que no pueden usarse para comparar con sus costes de funcionamiento en restricciones técnicas. Sin embargo, olvida, quizá intencionadamente, que la



imputación es precisamente la de haber retirado energía del diario para pasarla voluntariamente a generar en restricciones, y que, si no hubiese sido por la posición de dominio que ostenta en dicho mercado, tendría que haber hecho ofertas competitivas al mercado diario. Por tanto el Tribunal considera una metodología válida los CVR estimados por el SDC.

Sorprende aún más, que IBERDROLA se base en los propios CVR del SDC, aunque sea para aumentar su valor en sus últimas alegaciones, cuando precisamente uno de sus informes de parte (el informe INVESYDE) cuestiona no sólo el nivel de los CVR del SDC sino también su magnitud relativa, ya que cuestiona la poca diferencia* que asume el SDC en los costes variables de funcionamiento de unidades de tecnologías tan distintas.

En sus alegaciones IBERDROLA responde a la imputación realizada por el TDC en el Auto de Recalificación diciendo que el hecho de que IBERDROLA oferte al mercado cuando los precios son altos y lo abandone cuando son bajos *“resulta plenamente coherente y racional con el comportamiento esperado de todo operador que oferta de acuerdo con las reglas de funcionamiento del mercado.....Lo contrario implicaría que la LDC obliga a las centrales a comportarse de manera irracional, realizando ofertas que casan a precios que impiden recuperar sus costes variables...La lógica del comportamiento imputado por el TDC a IBERDROLA es la única que cabe esperar de un operador racional en el contexto del mercado descrito”*.

Como es obvio, o debería serlo, ni el Tribunal ni la LDC pretenden que ningún agente opere en el mercado a costa de no recuperar sus costes variables. No es el objeto de este Tribunal emplear sus recursos públicos para cuestionar las estrategias empresariales de los agentes que pretendan mantener sus ingresos medios constantes, o situarlos en el nivel que maximicen sus beneficios, o perseguir cualquier otra función objetivo, siempre y cuando la forma de conseguirlo sea lícita. Y de eso trata este expediente, de valorar si una conducta que resulta de perseguir objetivos empresariales absolutamente legítimos para un operador, es a la vez lícita. Retirarse del mercado cuando los precios se sitúan en un nivel que al operador no le interesan sería legítimo y lícito a la vez, si esa retirada del mercado diario no se hiciera teniendo una posición de dominio en el mercado conexo de las restricciones técnicas, posición que le permite vender esa misma energía a un precio superior al resultante en el mercado competitivo donde carece de dicha posición de dominio. Si no tuviera posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas, ante un precio en el mercado diario que no cubriese sus costes variables, el comportamiento racional del agente, y la realidad del mercado le llevarían a abandonarlo. Pero el hecho de disfrutar de esa posición de dominio



es lo que le permite retirar el producto del mercado bien porque, efectivamente, no remunera sus costes variables o bien porque simplemente el beneficio obtenido al venderlo en régimen de monopolio es superior al que obtendría de venderlo en régimen de libre competencia Y ahí es donde entra la justificación objetiva a su conducta, que en modo alguno puede considerarse necesariamente lícita. Y eso es precisamente lo que este Tribunal debe valorar, si los costes justifican objetivamente los precios ofertados al mercado diario, o no.

A este respecto, la evidencia con la que cuenta el Tribunal es, por un lado, la aportada en las alegaciones presentadas por IBERDROLA y, por otro, las estimaciones que el SDC y la CNE han realizado sobre los costes, junto con el resto de información contenida en el expediente.

Es un hecho que las centrales que son llamadas a restricciones técnicas están funcionando en dicho régimen una media de 14 a 16 horas, mayoritariamente en punta y en llano, esto es, de 8 de la mañana a 10-11 de la noche. El resto de horas operan en el mercado intradiario, de manera que mantienen las plantas funcionando las 24 horas seguidas. Pero no sólo durante esas horas funcionan en el intradiario, también pueden estar ofertando al intradiario durante las mismas horas en que opera la restricción técnica.

Los precios del intradiario no son significativamente menores que los del diario, según datos públicos de OMEL, lo que pone en duda la explicación de que al tener que vender al intradiario para no apagar las centrales venden a pérdidas. De hecho, los ingresos medios obtenidos en el intradiario para los períodos analizados no son mucho menores que los del diario.

Es más, en la zona Levante-Norte sorprende, al observar la evolución de las restricciones técnicas desde 1999 a 2005 (grafico 4.2. del AH 5) que éstas hayan aumentado como lo han hecho después de que se instalaran en la zona los 782 MW de nueva capacidad de Castellón 3. El problema, lejos de solucionarse con la instalación de nueva generación en la zona afectada por restricciones, se ha intensificado a juzgar por el gráfico anterior. Tampoco se encuentra argumento para que las restricciones técnicas en 2003 en la zona Levante-Sur* fuesen mayores que en 2002. Aunque no hubo aumento de nueva generación en la zona, sí la hubo a nivel nacional, de manera que cabría esperar al menos una estabilización de las RRTT, pero no un incremento.

Las comparaciones realizadas entre semanas equivalentes del 2002 y 2003 y que se recogen en los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 del AH 10, junto con el gráfico que compara las demandas reales y previstas para esas semanas (Grafico 6*),



evidencian que no hay razones de precios o de previsiones de demanda que justifiquen un cambio de estrategia pasando de “ofertar al diario” a “ofertar a restricciones.” Se generó la misma cantidad, pero obteniendo un ingreso medio notablemente superior.

Con respecto al defecto regulatorio alegado por IBERDROLA, este Tribunal no puede en modo alguno, admitirlo como razón última de un comportamiento que se ha probado abusivo. Es cierto que la nueva regulación, al permitir hacer ofertas separadas para estos dos mercados, introduce una mayor transparencia. Pero lo que no consigue el nuevo Real Decreto es cambiar la posición de dominio de IBERDROLA en las zonas objeto de este expediente, ni evitar su abuso. IBERDROLA puede seguir ofertando para no casar en el diario, y luego ofertar a restricciones al precio que determine, porque seguirá siendo la única en poder resolver restricciones en esa zona. Por lo tanto, el RD servirá para que las conductas ilícitas de esta naturaleza sean más fácilmente identificables por los agentes del mercado, y en la medida que se puedan detectar más fácilmente su incentivo a cometerlas se reducirá.

Por último, señalar que el Tribunal está de acuerdo con el denunciado cuando dice que *“los términos relevantes de comparación para determinar si las ofertas de IBERDROLA fueron o no equitativas....serían los ingresos obtenidos por las centrales durante los días en que resolvieron restricciones y los costes incurridos para resolverlas”*. Dado que el imputado es el único que conoce dichos costes, este Tribunal esperaba haber podido conocer dichos datos, cosa que no ha sido posible como se ha visto, a pesar de que en sus alegaciones insista en que los ha aportado.

Séptimo.- En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 6º con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. La cuantía ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción.

Para adecuar el importe de la sanción, El Tribunal deberá tener en cuenta diferentes criterios, establecidos en el artículo 10.2 LDC, entre ellos la dimensión del mercado afectado, que en el presente supuesto alcanza a un territorio con más de seis millones de habitantes, y con fuerte presencia de visitantes, la cuota de mercado de la empresa afectada, para lo que es preciso tener en cuenta que IBERDROLA, que es la segunda empresa nacional, en el territorio afectado es la práctica monopolista, los efectos sobre el mercado, que han consistido en un encarecimiento de la energía, con repercusiones en todo el territorio nacional, o la duración de la infracción, superior a un año. La



combinación de todos elementos, y que la conducta consista en un abuso, pone de manifiesto la gravedad de la infracción.

Pero, en este caso, se debe tener en cuenta especialmente el alcance de la conducta que se sanciona. Se trata de una estrategia que encarece el coste de un bien de primera necesidad y al mismo tiempo input de producción básico en toda economía, como es la energía eléctrica, distorsionando la eficiencia productiva, asignativa y la dinámica. Esta estrategia es más grave si tenemos en cuenta que con este comportamiento no sólo se encarece el coste de la energía que venden en restricciones las plantas de generación de Iberdrola a que se refiere este expediente, sino que se puede afectar y, de hecho se afecta, al precio de casación en el mercado diario, elevándolo.

Por tanto, el importe de la multa debe reflejar la gravedad de la conducta, la importancia de los mercados afectados sobre la economía en su conjunto y el efecto que este tipo de conductas produce. Por ello, debe basarse en criterios que aseguren la debida proporcionalidad entre la sanción y la conducta y logren el efecto disuasorio que toda sanción persigue. Principios, estos, que son también los propios de la legislación general, que, además, resulta supletoria, y más en concreto el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, cuyo apartado 2 establece que las sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de una infracción no resulte para el infractor más beneficioso que el cumplimiento de las normas infringidas. Para ello será preciso calcular, aun cuando por debajo, y de forma estimativa, cual ha sido el enriquecimiento de Iberdrola por la conducta abusiva cometida.

Este efecto disuasorio se consigue aproximando el importe de la sanción al exceso de ingreso obtenido en restricciones con respecto al que se hubiera obtenido de colocar esa misma cantidad en el mercado en condiciones supuestamente competitivas. Para cada una de las plantas, este importe puede calcularse como la diferencia entre lo ingresado por restricciones durante el periodo imputado menos el producto de la energía vendida en restricciones en ese periodo por el ingreso medio obtenido por la planta en el mercado diario en el periodo anterior al de la imputación, cuando supuestamente el comportamiento de este agente era competitivo.

De acuerdo con este criterio, el importe de la sanción sería de 38.710.349€, desglosado de la siguiente forma:

- A Castellón 3 le corresponderían 8.963.157€ por el periodo de infracción que media entre el 18 de diciembre de 2002 y 27 de mayo de 2003 y 1.582.163€ por el periodo que media entre el 23 de octubre y el 31 de diciembre de 2003.



- A Escombreras 4 le corresponderían 12.045.788€ por la infracción cometida durante 2003.
- A Escombreras 5 le corresponderían 16.119.241€ por la infracción cometida durante 2003.

Estas cifras están extraordinariamente alejadas del límite máximo que permite el artículo 10.1 de la LDC, si se tiene en cuenta que la cifra de negocios de IBERDROLA (Grupo) asciende a 9.488 millones de euros (año 2003), de los que aproximadamente la mitad corresponden a Iberdrola Generación, por lo que la cifra resulta, aproximadamente un 0.4% de la primera de dichas cifras, y un 0.8% si se considera la segunda.

Iberdrola en el último de los escritos presentados formula una serie de consideraciones en las que intenta fundamentar que se atenúe la multa. Tales consideraciones han quedado contestadas en cuanto se ha hecho mención a los anteriores criterios. Pero en cualquier caso, la multa que, con carácter supletorio y “ad cautelam”, sugiere la denunciada (no superior a 900.000 euros) supondría que este Tribunal bendeciría que IBERDROLA se haya enriquecido con su conducta infractora. Y en definitiva que le resultara más beneficioso incumplir la Ley que cumplirla, con lo cual se estaría infringiendo el criterio de proporcionalidad.

En méritos de todo cuanto antecede, el Tribunal de Defensa de la Competencia, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, con un voto en contra,

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que IBERDROLA GENERACIÓN S.A., ha incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al ofertar al mercado diario de la energía precios encaminados no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas, en cuya situación era el único posible oferente, conducta que tuvo lugar, de forma continuada, para la central Castellón entre el 18 de diciembre de 2002 y 27 de mayo de 2003 y entre el 23 de octubre y el 31 de diciembre de 2003, y durante el año 2003 en las centrales Escombreras 4 y Escombreras 5.

Segundo.- Intimar a Iberdrola Generación para que, en el futuro, se abstenga de realizar tales prácticas.



Tercero.- Imponer a IBERDROLA GENERACIÓN S.A. una multa de 38.710.349€, suma que es el resultado de incluir diferentes conceptos.

- A Castellón 3 le corresponderían 8.963.157€ por el periodo de infracción que media entre el 18 de diciembre de 2002 y 27 de mayo de 2003 y 1.582.163€ por el periodo que media entre el 23 de octubre y el 31 de diciembre de 2003.
- A Escombreras 4 le corresponderían 12.045.788€ por la infracción cometida durante 2003.
- A Escombreras 5 le corresponderían 16.119.241€ por la infracción cometida durante 2003.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en los dos diarios de mayor circulación nacional, en el plazo de dos meses, publicación que se hará a expensas de IBERDROLA GENERACIÓN S.A.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de seiscientos euros (600 €), por cada día de retraso.

Quinto.- IBERDROLA GENERACION S.A., justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

Sexto.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses desde su notificación.



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL D. MIGUEL CUERDO MIR A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. 601/05, IBERDROLA CASTELLÓN

Discrepo de lo acordado mayoritariamente por el Pleno del Tribunal en este Expediente sancionador y considero necesario formular el siguiente voto particular:

1. Como primera cuestión, me gustaría señalar que en mi opinión no es lo mismo imputar a la empresa por un supuesto abuso consistente en precios “excesivos” en restricciones técnicas que imputar a la empresa por evitar entrar en el mercado diario con precios de subasta injustificados por sus costes y provocar con ello una situación de restricciones técnicas. En el primero, se supone que se llega a una situación de restricciones técnicas de forma lícita y la cuestión –nada fácil- se centra en si comparecen ajustados a derecho los precios y los costes, una vez situados en restricciones técnicas y sin una valoración explícita de cómo se ha llegado a estar en esa situación, porque en otro caso esa valoración sería algo previo. En el segundo, no es tan relevante la distancia entre precios y costes en restricciones técnicas como la distancia entre precios de subasta en el mercado diario y costes de producción en el mercado diario. Es decir, se cuestiona la licitud de la propia existencia de las restricciones técnicas. Lo que es importante es que la acusación sea clara, porque entre otras cosas, la acreditación de una conducta u otra es diferente y los efectos sobre los mercados también lo son. No obstante, de quedar acreditada la segunda conducta como ilícita, en mi opinión, la acreditación de la primera todavía podría tener su propio recorrido, si bien otorgando en el análisis a cada elemento tecnológico y de comportamiento su verdadero papel en cada caso.

2. Con el fin de delimitar estas dos cuestiones como diferentes y recuperando el análisis del comportamiento en restricciones técnicas, me parece necesario recordar que en el Expediente 602/05, Viesgo, mi voto particular señalaba que la empresa con centrales de producción en zonas de restricciones técnicas se enfrenta a una decisión compleja cuando tiene que subastar en un escenario de restricciones técnicas solamente probables. Trataba de aproximarse con una función de probabilidad que explicara un continuo de soluciones para la empresa a partir de los costes de producción en el mercado diario y de los costes de producción en restricciones técnicas. No era especialmente relevante al caso que, por ejemplo, una central se situara en una subasta con un precio de cero, señalizando artificialmente un coste variable medio de cero, porque esto solamente lo podría hacer si supiera que su central no iba a acabar en restricciones técnicas de su zona y que el operador del sistema la podría expulsar del mismo por las restricciones técnicas producidas en otras zonas. Cualquier precio de subasta por debajo del coste medio variable real significaría que hay una clara intención de quedarse en el mercado diario y una previsión perfecta sobre el precio esperado de ese mismo mercado. De igual



modo, la cercanía del precio previsto en el mercado diario a los costes variables medios de la central obliga a la empresa a introducir en la subasta sus costes de producción en restricciones técnicas. Dependiendo de su análisis y de su posición frente al riesgo, así actuará, es decir, si por aversión a ese riesgo, cuando el precio esperado en el mercado diario se situara con cierta probabilidad por debajo de un umbral respecto de sus costes variables medios, entonces la empresa subasta directa y solamente en función de sus costes de producción en restricciones, y esto es lo único que se observaría finalmente en el mercado. En todo caso, una explicación general que relacione los costes de producción en el mercado diario con los costes de producción en restricciones es capaz de explicar mejor la racionalidad que subyace en ese comportamiento, más allá de una circunstancia concreta –que se podría incorporar al valor de probabilidad- referida a la regulación de subastas por parte del operador del sistema y del mercado o al análisis de riesgo que haga una empresa también en una situación concreta. La cuestión central era explicar que una central que produce en un entorno de restricciones técnicas sólo probables –no digamos si tiene que competir con otras centrales también en restricciones técnicas- tiene que incorporar costes de producción en restricciones técnicas y la medida de comparación tiene que ser la producción en las circunstancias concretas de esas restricciones técnicas, si se quiere avanzar en el análisis del carácter supuestamente excesivo de los precios de subasta en estas circunstancias.

En el presente expediente, se podría decir que si la producción de la central entra en el mercado diario no va a haber restricciones técnicas en modo alguno para esa zona y, por lo tanto, la central acude al mercado a partir de sus costes variables medios para el mercado diario, siendo irrelevantes los costes de producción en restricciones, porque se le supone una previsión exitosa, es decir si oferta para el mercado diario, entra en el mercado diario con un altísimo grado de probabilidad.

3. En el caso que nos ocupa, la mayoría del Pleno del TDC ha ido más allá y ha considerado que el ilícito de la empresa no consistía en un precio excesivo en un día concreto –respecto de los costes variables medios revelados en el mercado diario, según la propia doctrina del TDC-, aprovechando que debía satisfacer una probable demanda residual temporal y zonal en situación de restricciones técnicas. Lo que argumenta la mayoría del Pleno del TDC es que se trata de una estrategia de quedarse fuera del mercado diario durante un periodo más o menos largo y continuado mientras el precio de mercado no supere cierto umbral (ver gráficos 2.1, 2.2 y 2.3 de las páginas 17, 18 y 19 de la resolución). De este modo, su comportamiento le permite provocar de manera continua –en tanto que el precio de mercado diario esperado no cambiara sustantivamente- restricciones técnicas en el sistema, satisfaciendo con la producción de la central esa demanda zonal a precios muy superiores a los del mercado. Solamente volvería al mercado cuando los precios esperados



hubieran alcanzado un nivel en el que los incentivos a quedarse fuera, es decir, en restricciones técnicas, hubieran desaparecido. Un comportamiento así provoca una retirada de producción en el mercado diario que modifica artificialmente el resultado de los competidores –especialmente de aquellos que habían logrado casar su producción a los precios de subasta y que ahora la tenían que retirar como consecuencia de la restricción- e incrementa el precio final de electricidad, con el consiguiente efecto sobre todos aquellos que tienen que pagar por la electricidad comprada. La racionalidad para la empresa reside, en un caso –Castellón 3-, en mantener estable el ingreso medio (gráfico 3.1 de la página 20 de la resolución) y en los otros dos –Escombreras 4 y 5- (gráficos 3.2 y 3.3 de las páginas 20 y 21 de la resolución) en conseguir un mayor ingreso en restricciones que en el mercado diario, a costa del propio mercado eléctrico. Lógicamente, pudo ser así en la medida en que tuviera independencia de comportamiento en estas zonas de suministro.

4. Entrando en la cuestión de la independencia de comportamiento, la posición de dominio es aquella que permite a la empresa tener independencia de comportamiento, es decir, al margen de lo que hagan competidores, consumidores o proveedores, según los casos, y “en una medida apreciable”, decía la celeberrima Sentencia Hoffman-La Roche de 13 de febrero de 1979. En la imputación por la que sanciona el TDC, en mi opinión, lo más relevante no es que, dado que es el único oferente en restricciones y dado lo inelástico de la demanda de restricciones, hay independencia de comportamiento, sino que la empresa denunciada tendrá independencia de comportamiento, relevante al caso, en la medida en que puede decidir entre estar en el mercado diario o salirse del mismo, para acabar produciendo en restricciones técnicas como único oferente capaz de satisfacer esa demanda en esa zona y en ese periodo, es decir, si puede alterar a su voluntad el mercado diario mayorista de la electricidad en España. Esta cuestión tiene su interés al leer en el Fundamento de Derecho Sexto de la resolución del TDC que dice que “si no tuviera posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas, ante un precio en el mercado diario que no cubriese sus costes variables, el comportamiento racional del agente, y la realidad del mercado llevaría a abandonarlo”. Pero, por el contrario, lo anterior no agota la potencial casuística y lo cierto es que podría tener posición de dominio en el mercado de restricciones técnicas y no “abandonarlo”, aunque el precio del mercado diario estuviera continuamente por debajo de sus costes variables. La independencia de comportamiento quedaría reducida a fijar el precio de restricciones una vez seleccionada la central para ello, pero no tendría la independencia de poderse quedar fuera o dentro del mercado diario.

5. El presupuesto básico para este comportamiento independiente es que las centrales de producción de electricidad denunciadas puedan entrar o salir del mercado diario a su voluntad y mantener el incentivo de obtener un ingreso neto lo suficientemente alto como para aprovechar que la central esté situada



en una zona con restricciones técnicas en la que es monopolista siquiera temporalmente. Obviamente, para poder hacerlo la empresa tiene que dotarse en esas centrales de una estructura de costes competitiva, de forma que, suponiendo que la previsión sobre el precio de mercado diario para ella sea casi perfecta, pueda responder también con precios de subasta inferiores a ese precio del mercado diario. Ello implica que los costes variables medios de las centrales están por debajo de esos precios de mercado diario. Entonces, dada la imputación –que ya no es precios excesivos en un entorno de restricciones técnicas–, hay independencia de comportamiento relevante siempre que pueda provocar una restricción técnica con su comportamiento y ser el único oferente zonal capaz de superarla. Por lo tanto, la cuestión de la independencia de comportamiento depende de su capacidad para entrar o salir del mercado diario, de la capacidad para producir restricciones técnicas y de cómo está posicionada la central de producción correspondiente. En este sentido, considero que el Fundamento de Derecho Cuarto no acierta a definir con precisión esta cuestión.

6. Así las cosas, el ilícito consistiría en que la empresa, pudiendo entrar en el mercado diario a partir de unos costes variables medios competitivos, no lo hace y desarrolla una estrategia de generación artificiosa de restricciones técnicas cuyos efectos se trasladan, por sobrecostes innecesarios, al conjunto del mercado eléctrico. Por lo tanto, si hay independencia de comportamiento, es decir, si puede provocar las restricciones técnicas y satisfacer esta demanda residual zonal, sería ilícito que teniendo unos costes medios variables claramente –en una medida apreciable²– por debajo del precio esperado del mercado diario, subastara directamente a precios para restricciones técnicas. Consecuentemente, la imputación de retirada de producción del mercado diario es gratuita si no se incorpora un indicio sobre la naturaleza y el nivel de los costes variables medios de las centrales de producción objeto de expediente.

7. Para un caso como el que nos ocupa, y así lo señalaba el TDC en un expediente anterior y, en consonancia con ello, el SDC ha desarrollado la instrucción y ha fijado los hechos acreditados, la cuestión se centra en saber cómo son los costes variables medios revelados³. La razón está, a diferencia

² Teniendo en cuenta que el precio esperado de mercado, a pesar de estar en una fase de estabilidad, tiene cierta variabilidad a lo largo del tiempo, al menos habrá que plantearse cuál sería la distancia límite que tiene que haber entre el precio esperado del mercado diario y los costes variables medios para el mercado diario para que la decisión de la empresa de subastar con arreglo a sus costes de restricciones técnicas no se considere un ilícito desde el punto de vista del artículo 6 LDC.

³ No intervienen los costes de producción en restricciones, porque para poder fundamentar esta imputación, se requiere que la empresa tenga una regla de decisión –quedarse en el mercado diario o provocar restricciones– basada exclusivamente en sus costes variables medios y los precios esperados del mercado diario. Sirva este apunte para señalar que de acuerdo con el Antecedente de Hecho 15, la simulación requerida solamente serviría para ver el alcance del ilícito en caso de quedar acreditado y que produce cierta extrañeza el Antecedente de Hecho 24 pues en opinión de este Vocal contradice la propia



de un entorno probable y competitivo de restricciones técnicas, en que si los costes variables medios revelados de estas centrales están por debajo, “en una medida apreciable” y en un entorno de certidumbre⁴, de los precios del mercado diario, no hay razón legal para que se quede fuera del mercado diario al cual están obligadas a concurrir. Por lo tanto, es el resultado de la búsqueda de los costes variables medios revelados de estas centrales lo que nos dirá si ha quedado acreditado un ilícito como el imputado. Incluso la presente resolución del TDC en el Fundamento de Derecho Sexto señala que “el Tribunal considera metodología válida los CVR estimados por el SDC”. Este Vocal considera que se debería añadir que para saber si la empresa retira ilícitamente capacidad para producir electricidad del mercado diario, si bien no es suficiente para valorar si, una vez en restricciones técnicas, el precio es excesivo.

8. A la vista de lo anterior, lo primero que llama la atención en la relación final de Hechos Acreditados de la resolución del TDC es que no aparece ni como concepto central ni como concepto periférico el de los costes variables medios revelados, que en opinión de este Vocal formaría parte de los indicios a partir de los cuales se podría analizar el comportamiento de la empresa respecto de estas centrales. En este sentido, este bloque de Hechos Acreditados se aleja ostensiblemente de lo que el SDC ha considerado como eje central de sus Hechos Acreditados (páginas 1715 a 1745 del expediente del Servicio). Este concepto es sustituido en favor de otros: “ofertas con la intención de casar en el mercado diario” y “ofertas con la intención de no casar en el mercado diario”. Pero como he señalado anteriormente, en mi opinión, la intención de presentar una oferta que no case en el mercado diario tiene que venir acreditada de la mano de unos costes variables medios revelados inferiores al precio de mercado diario, porque este es el elemento sobre el que pivota el ilícito. Si se observan las tablas elaboradas por el SDC se verá cómo el coste variable medio revelado que calcula es superior en casi todos los días al precio medio del mercado diario en los días en que estas centrales fueron a restricciones técnicas. Por eso el SDC fundamenta su imputación solamente en “precios excesivos” en ciertos días y se olvida de un ilícito continuado.

9. La distinción entre ofertas con la intención de casar en el mercado diario y ofertas con la intención de no casar en el mercado diario se distinguen a partir

metodología de la instrucción cuando señala que “se tuvieron en cuenta exclusivamente los costes de operar en restricciones...”, cuando lo que en ningún caso hace la instrucción es analizar la naturaleza y características de los costes de producción en restricciones.

⁴ Se señalan en la resolución dos elementos de certidumbre, por una parte la buena previsión de la CNE respecto de las “estimaciones de la demanda a nivel nacional”; por otra parte, la el grado en el que “la estrategia tiene éxito” (Antecedente de Hecho 6). En este caso, que el porcentaje de éxito –ser llamado a resolver restricciones técnicas- se sitúa “entre el 65% y el 80% para las centrales de Escombreras 4 y 5” y para el caso de Castellón 3 “resulta exitosa el 100% de las veces en los meses de junio, julio, agosto y septiembre y más del 70% en los meses de enero y febrero”.



de los gráficos 2.1, 2.2 y 2.3, en los que se laminan los precios diarios del mercado y de las ofertas diarias a través de medias aritméticas ponderadas, con el fin de resaltar las estrategias de comportamiento en cada caso. Sin embargo, no puede considerarse un indicio de un comportamiento ilícito simplemente porque cambia el comportamiento de la empresa en cada central cuando el precio también cambia, puesto que si el precio baja –suponiendo constantes los costes variables medios, como hace el SDC- es más difícil mantenerse en el mercado diario a partir de los propios costes variables medios y si el precio sube es más fácil mantenerse en el mercado diario con los mismos supuestos respecto de los costes variables medios. Por ejemplo, en el caso de Castellón 3 (página 17 de la resolución) una explicación lógica y alternativa que no pone en cuestión la licitud del comportamiento de la empresa es que sus costes variables medios puedan estar entre el precio medio del mercado diario calculado para el periodo entre diciembre de 2002 y junio de 2003 y el precio medio del mercado diario calculado para el periodo entre junio de 2003 y octubre de 2003. Porque la prueba indiciaria, para lo que se quiere dilucidar por parte del TDC, tendría que girar sobre los costes variables medios revelados y no sobre los cambios de comportamiento cuando cambian los precios de mercado. Este sería en mi opinión el hecho constitutivo de la infracción y lo que tendría que probarse.

10. No obstante, para la mayoría del Pleno del Tribunal no es una cuestión de precios de mercado diario que suben o bajan. Efectivamente, no puede ser así, porque si se comparan los gráficos 2.1, 2.2 y 2.3, hay fases en las que el precio de mercado diario aumenta y unas centrales siguen en restricciones y otras acoplan su producción al mercado diario. Según la Resolución, lo que explicaría la estrategia de quedarse o salirse del mercado diario es, teniendo casi seguro el recurso a la producción en restricciones técnicas, conseguir un control efectivo sobre el nivel de los ingresos medios⁵. Así se despliega una lectura de los gráficos y cuadros con los enfatizar los argumentos. Respecto a los Cuadros 5.1, 5.2 y 5.3, hay que señalar que se trata de algunos “días homogéneos” y no de periodos continuados y que el dato que se da es el del ingreso medio para mercado diario y para restricciones técnicas, sin valorar que en la cuenta de resultados lo que realmente importará será el ingreso medio neto, es decir, una vez tenidos en cuenta los costes medios de producción asociados a cada caso. De aquí que para el caso de Castellón 3, el FD Cuarto resuma perfectamente cual es la filosofía de la imputación y de la sanción: “el comportamiento de IBERDROLA le lleva a conseguir que

⁵ Se dice en el Fundamento de Derecho Cuarto “lo revelado por el anterior análisis pone de manifiesto que cuando los precios del mercado diario se reducen, IBERDROLA decide que su central de Castellón 3 no genere en el mercado diario, comportamiento que por sí mismo sólo muestra un cambio de estrategia de la empresa. La independencia de comportamiento se pone de manifiesto al analizar el ingreso medio de la unidad de generación. En el gráfico 3.1 del HA 4, se demuestra que este ingreso medio se mantiene constante a lo largo de los cuatro periodos anteriormente analizados, e independiente del precio de mercado diario”.



independientemente del precio al que el mercado diario está remunerando la energía del sistema, que es un precio resultante de un proceso competitivo de oferta y demanda, su unidad de generación Castellón 3 consigue una remuneración tal que, coincidirá con la del diario cuando acude a este mercado pero que se situará muy por encima de la del diario cuando decide ir a restricciones. Y esto sólo es posible porque la posición de dominio que ostenta en el mercado de restricciones técnicas, el permite obtener el precio pedido”.

El problema en este planteamiento es que el precio de mercado diario disminuya y, entonces el fenómeno es difícilmente controlable por la empresa sancionada si no puede batir al mercado diario con unos costes variables inferiores a ese precio –como así podría estar ocurriendo cuando esta central de IBERDROLA se queda en restricciones-. En ese contexto hay centrales que pueden quedar fuera por razón de sus costes de ese mercado diario, aunque luego tengan poder para fijar el precio en restricciones con un elevado índice de éxito. Una vez más hay que recordar que para poder acreditar esta estrategia como ilícita no se trata de un problema de ingresos medios –y menos si no son netos- sino de un problema de costes de producción revelados en el mercado diario.

11. Por todos los motivos expuestos, mi opinión discrepante de la mayoría es que no se ha acreditado la existencia de la infracción imputada finalmente.

Madrid, 12 de Marzo de 2007



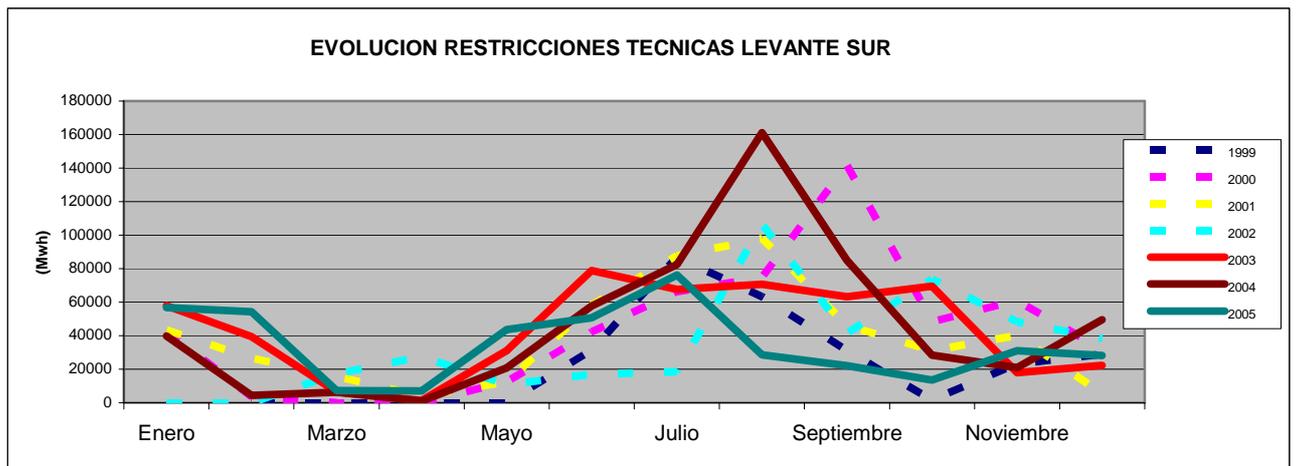
PROVIDENCIA PARA CORRECCIÓN DE ERRORES **(Expte. 601/05, Iberdrola Castellón)**

En Madrid, a 16 de marzo de 2007.

Detectados los errores sufridos en la Resolución del expediente 601/05, Iberdrola Castellón, notificada el lunes 12 de marzo de 2007, al amparo del artículo 46.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, se procede a su corrección en base a lo siguiente:

Página 22, renglón 9 del punto 5: Donde dice "...más altos los años..." debe decir: "... más altos que los años..."

Página 23. Gráfico 4.2. "Evolución Restricciones Técnicas Levante Norte", debe poner:



Página 26, punto 7 donde dice "... suponen un 1%...", debe decir "... suponen menos de un 1%..." y donde dice "... horario final mientras..." debe decir "...horario final en 1998, mientras..."

Página 30, Cuadro 5.1., donde dice "Energía llamada a restricciones (Kwh)", debe decir "Energía llamada a restricciones+Intradiario) (Kwh)".

Página 31, Cuadro 5.2., donde dice "Energía llamada a restricciones (Kwh)", debe decir "Energía llamada a restricciones+Intradiario) (Kwh)".

Página 32, donde dice Cuadro 5.2., debe decir Cuadro 5.3.y donde dice "Energía llamada a restricciones (Kwh), debe decir "Energía llamada a restricciones + intradiario (Kwh)".



Página 35, párrafo 1, renglón 18, donde dice "...Escombreras 3 y 4..." debe decir "... Escombreras 4 y 5...", y en el segundo párrafo, renglón 6, donde dice "... Escombreras 3 y 4..." debe decir "... Escombreras 4 y 5...".

Página 37, renglón 23, añadir comillas después de "certidumbre".

Página 42, apartado a), donde dice "...Escombreras 3 y 4..." debe decir "... Escombreras 4 y 5...".

Página 44, primer párrafo, renglón 16, donde dice "En primer lugar...", debe decir "En primer lugar se...", en el renglón 18, donde dice "... demande..." debe decir "...demanda..." y en el renglón 20 añadir una "," después de técnicas.

Página 48, renglón 6, donde dice "...en régimen e libre de competencia..." , debe decir "...en régimen de libre competencia...".

Página 51, en el sexto apartado del segundo párrafo, donde dice "se negocia el más del 90%..." debe decir "se negocia mas del 90%...".

Página 56, renglón 26, donde dice "... Puesto que la incidencia.... el Tribunal ...", debe decir "... Puesto que la incidencia de las primeras es mucho mayor que la de las segundas, el Tribunal...".

Página 60, renglón 14 del párrafo segundo, donde dice "...hasta el 26 de mayo de 2002..." debe decir "...hasta el 26 de mayo de 2003..." y en el renglón 17 donde dice "... a 22 de octubre de 2002, ..." debe decir "... a 22 de octubre de 2003...".

Página 69, párrafo segundo, donde dice "...cuestiona la poca diferencia de que asume..." debe decir "...cuestiona la poca diferencia que asume...".

Página 70, párrafo 5, donde dice "... encuentra argumento para que las restricciones técnicas en 2003 fuesen..." debe decir "...encuentra argumento para que las restricciones técnicas en 2003 en la zona Levante-Sur fuesen...", y en el último párrafo donde dice "(Grafico 5)" debe decir "(Gráfico 6)".

Así lo acuerda el Presidente que firma conmigo, el Secretario.