

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA (Expte. VS/0601/05 IBERDROLA CASTELLÓN)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 30 de julio de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0601/05 IBERDROLA CASTELLÓN, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 8 de marzo de 2007, recaída en el expediente 601/05 IBERDROLA CASTELLÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 8 de Marzo de 2007, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) acordó en relación con el expediente 601/05 IBERDROLA CASTELLÓN lo siguiente:

“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 S.A 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.”

Cabe señalar que la conducta imputada a Iberdrola Generación S.A. (actualmente S.A.U.), fue realizada de manera continuada.

2. La Resolución de 8 de Marzo de 2007 fue objeto de recurso contencioso administrativo por parte de Iberdrola Generación (1/2007) por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución del dispositivo tercero (multa) y cuarto (publicaciones) de la misma. Dicha medida cautelar se denegó mediante Auto de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2007.
3. Asimismo, Iberdrola Generación interpuso recurso Contencioso Administrativo por el procedimiento ordinario (166/2007), solicitando igualmente la suspensión de la ejecución de los dispositivos antes mencionados relativos a multa y publicaciones.

Mediante Auto de fecha 3 de diciembre de 2007, la Audiencia Nacional condicionó la suspensión del dispositivo tercero (multa) del acto impugnado a la presentación de caución mediante aval bancario. Dicho aval fue presentado por la parte recurrente con fecha 28 de diciembre de 2007.

Sin embargo, el mencionado Auto de 3 de diciembre de 2007 no suspendió la ejecución del dispositivo cuarto (publicaciones) de la citada Resolución.

4. Mediante Sentencia de 2 de julio de 2009, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo principal (procedimiento ordinario 166/2007).

5. Mediante Sentencia de 30 de enero de 2012, el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la Audiencia Nacional, desestimando el recurso de casación interpuesta por Iberdrola Generación.
6. Mediante acuerdo de 26 de septiembre de 2012 se inadmitió el recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional.
7. Con fecha 27 de octubre de 2009, en el marco del expediente de vigilancia, la extinta Dirección de Investigación (DI) emitió Informe Parcial de Vigilancia en el que puso de manifiesto el incumplimiento por parte de Iberdrola Generación de la obligación de publicar impuesta en el dispositivo cuarto de la Resolución de 8 de marzo de 2007, si bien la citada Resolución tuvo una amplia repercusión mediática.
8. Con fecha 17 de febrero de 2010 el Consejo de la anterior CNC resolvió:

***"PRIMERO.-** Reiterar a Iberdrola Generación S.A. la obligación de publicar, en el plazo de 15 días y a su costa, la parte dispositiva de la Resolución de 8 de marzo de 2007 en el Boletín Oficial del Estado y en los dos diarios de mayor circulación nacional. En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de seiscientos euros (600 €), por cada día de retraso.
(...)"*
9. Contra dicha Resolución Iberdrola Generación interpuso recurso contencioso administrativo (192/2010), en el que se concedió (Auto de 23 de julio de 2010) la medida cautelar de suspensión de la obligación de publicar en el BOE y en dos diarios de tirada nacional.
10. Mediante Sentencia de 19 de febrero de 2013, la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto por Iberdrola Generación (192/2010) contra la Resolución de 17 de febrero de 2010. Contra dicha sentencia Iberdrola Generación interpuso recurso de casación que fue inadmitido por el Tribunal Supremo mediante Auto de 10 de octubre de 2013.
11. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se inadmitió mediante Acuerdo de 5 de noviembre de 2014.
12. Con fecha 4 de diciembre de 2014 la DC solicitó Informe a la Dirección de Energía de la CNMC en relación a las circunstancias en el mercado eléctrico en la zona afectada por la conducta sancionada en la Resolución de 8 de marzo de 2007.
13. Con fecha 27 de mayo de 2015, la DC elevó su Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007, relativo al expediente 601/05 IBERDROLA CASTELLÓN, proponiendo a la Sala de Competencia de la CNMC declarar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Resolución de 8 de marzo de 2007 y dar por concluida la vigilancia.

14. Es interesado en este expediente IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U.
15. El Consejo en Sala de Competencia, deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 30 de julio de 2015.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 41 de la LDC establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la LDC, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre las actuaciones en el expediente de vigilancia VS/0601/05 IBERDROLA CASTELLÓN.

Tal y como se recoge en el Informe Final de Vigilancia, Iberdrola Generación ha dado cumplimiento a los dispositivos tercero y cuarto de la Resolución de 8 de marzo de 2007 de la siguiente manera:

- **Cumplimiento del dispositivo tercero (multa) de la Resolución de 8 de marzo de 2007**

1.- Como se ha mencionado en los antecedentes, la Resolución de 8 de marzo de 2007 devino firme una vez desestimado el recurso de casación por el Tribunal Supremo.

2.- Dentro del periodo voluntario habilitado para ello, con fecha 21 de marzo de 2013, Iberdrola Generación dio cumplimiento a la obligación impuesta en el dispositivo Tercero de la repetida Resolución de 8 de marzo de 2007.

- **Cumplimiento del dispositivo cuarto (publicaciones) de la Resolución de 8 de marzo de 2007**

1.- La Resolución de 8 de marzo de 2007 devino firme en su dispositivo cuarto del mismo modo, al desestimar el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto. A su vez, la Resolución de 17 de febrero de 2010 también devino firme al inadmitir, el Tribunal Supremo (auto 10 octubre 2013), el recurso interpuesto contra la Sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional.

2.- Iberdrola Generación ha procedido a publicar la parte dispositiva de la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2007 en el BOE de 26 de noviembre de 2014 y en los diarios El País y El Mundo de 25 de noviembre de 2014.

Respecto al cumplimiento por parte de Iberdrola Generación de abstenerse en un futuro de volver a realizar las prácticas prohibidas en la que incurrió, la DC señala lo siguiente:

- **Cumplimiento del dispositivo segundo (abstención de futuro) de la Resolución de 8 de marzo de 2007**

Respecto de la conducta declarada prohibida en la Resolución de 8 de marzo de 2007, no existe la posibilidad de que pudiera existir una contradicción jurisprudencial, dado que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, que declara firme y ajustada a derecho la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2007, no aprecia contradicción jurisprudencial, argumentando las diferencias sustanciales existentes en el caso presente en los siguientes términos:

“QUINTO.- Sobre los precedentes relativos a conductas similares.

*Queda por último referirnos a los precedentes existentes sobre la materia en la jurisprudencia de esta Sala, al objeto de señalar que lo que ahora resolvemos no contradice la misma, debido a la diferente situación procesal de los asuntos que tuvimos ocasión de conocer entonces. En efecto, esta Sala tuvo ya ocasión de conocer asuntos semejantes en sus Sentencias de 27 de enero de 2.010 (recursos de casación 5.569 y 1.279/2007) y de 28 de enero del mismo año (recurso de casación 1.278/2007). En los tres casos el recurso de casación estaba interpuesto por el Abogado del Estado frente a sendas Sentencias de la Audiencia Nacional que habían estimado los respectivos recursos contencioso administrativos entablados por Unión Fenosa Generación, S.4., Iberdrola Generación, S.A. y Endesa Generación, S.A., contra la **Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de***

7 de julio de 2.004 (dictada en el expediente 552/2002). En dicha resolución administrativa el Tribunal de Defensa de la Competencia había sancionado a las tres empresas generadoras de electricidad por abuso de posición dominante contraria al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por presentar ofertas a precios substancialmente superiores a sus costes variables revelados durante los días 19, 30 y 21 de noviembre de 2.001 en distintas zonas del territorio nacional en las que eran respectivamente dominantes (Cataluña y Andalucía en el caso de Endesa, Levante para Iberdrola y Centro para Unión Fenosa). La estimación de los respectivos recursos contencioso administrativos se fundó en la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, por lo que ninguna de las tres sentencias de instancia entró en las cuestiones de fondo planteadas por la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En sus tres Sentencias citadas esta Sala estimó los recursos de casación formulados por el Abogado del Estado por entender que no se había producido la caducidad del expediente sancionador y estimó a su vez los respectivos recursos contencioso administrativos a quo **por razones de fondo**.

Dichas Sentencias partían -tomamos como referencia la recurrida en el recurso de casación 5.569/2007- de que ofrecer unos precios elevados, arriesgándose la empresa generadora a quedar excluida de la casación, no es por sí mismo una conducta restrictiva de la competencia (fundamento 5.A) y que la decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas no corresponde a las propias empresas sino al gestor técnico del sistema (fundamento 5.B).

Sobre tales premisas, encontrábamos que no había quedado demostrado "con el rigor exigible, que las empresas generadoras tuvieran la seguridad a ser llamadas a resolver restricciones", decisión que, como decimos, corresponde al gestor del sistema (fundamento 6.A). Señalábamos también que "los precios ofertados en los tres días de noviembre no se desviaron sensiblemente (en algunos casos fueron inferiores) a los precios con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2.001 y, lo que también es significativo, a los correspondientes a unidades de producción análogas en otras zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio" (fundamento 6.B). Y poníamos de relieve que la conducta imputada presentaba "un marcado carácter esporádico o circunstancial, muy limitado en el tiempo" y "en este escenario ocasional, un comportamiento de las empresas generadoras exento del carácter concedido y limitado a unas ofertas de pocas centrales, de entre las muchas que integran el parque de generación, y para sólo tres días de un año, hace más difícil atribuir las decisiones -independientes y no concertadas- de cada una de aquéllas a un designio singular de abuso de su posición de dominio" (fundamento 6.C).

Pues bien, en el presente asunto nos encontramos con **diferencias substanciales** que explican la decisión adoptada en los fundamentos anteriores frente a la adoptada en los citados precedentes. En efecto, aunque

*en ambos casos se trata de hechos y circunstancias similares, frente a las imputaciones efectuadas en el referido precedente en el que se circunscribían a **un comportamiento esporádico (tres días)**, en el presente caso y tras la reconsideración efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la imputación quedó referida a **amplios períodos de tiempo**. Así las cosas, la Sentencia de instancia ahora recurrida, a diferencia de lo que ocurría en dichos casos, consideró plenamente acreditado y declaró probado que las ofertas de energía se realizaron durante dichos periodos de tiempo a precios manifiestamente excesivos en relación con los precios a los que se efectuaba la casación en dichos períodos en el mercado diario, así como que, dada la posición de dominio que ostentaba Iberdrola en la zona donde se ubicaban las centrales, que éstas fueron llamadas con regularidad en dichos períodos a resolver restricciones técnicas al precio superior al de casación en el mercado diario al que habían ofrecido la energía.*

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

La conducta declarada prohibida en la Resolución de 8 de marzo de 2007 es, entonces, una conducta continuada a lo largo de un periodo de tiempo que no puede considerarse esporádico. Por ello, el Tribunal Supremo considera acreditado el abuso de la posición de dominio por parte de Iberdrola Generación. Sin embargo, la propia temporalidad de la conducta, implica que el objeto de la presente vigilancia en relación a la misma haya quedado vacío de contenido, pues cualquier otra posible conducta de características similares a la analizada, pero llevada a cabo en periodos de tiempos posteriores sería, en cualquier caso, objeto de nuevo análisis de circunstancias y valoración de las mismas, en el seno de un obligado nuevo expediente sancionador.

TERCERO.- Sobre el Informe de la Dirección de Energía de la CNMC.

Como se expone en el Antecedente de Hecho 12, la Dirección de Competencia, a la vista de la inexistencia de nuevas denuncias, solicitó Informe a la Dirección de Energía de la CNMC, en el que se concluía lo siguiente.

- **Respecto del mercado eléctrico en general**

En los once años transcurridos desde que tuvieron lugar los hechos objeto de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007, en

2002-2003, se ha producido un cambio de circunstancias en el mercado eléctrico y, en especial, en el mercado de restricciones en las zonas analizadas:

- Incremento de la competencia por la instalación de nuevas centrales térmicas de ciclo combinado cuyo titular es distinto de Iberdrola, por lo que esta empresa ha perdido la posición de dominio que le permitía el abuso.
 - Considerable reducción en los últimos años de las horas de funcionamiento de los ciclos de Iberdrola en estas zonas en todos los segmentos del mercado eléctrico.
- **Respecto de la zona Levante Norte afectada por la Resolución de 8 de marzo de 2007**
 - El grupo 3 de Castellón podría haber llevado a cabo en varios periodos de 2004, 2006 y 2007 la misma conducta de 2003 que fuera objeto de la Resolución de 8 de marzo de 2007 del Tribunal de Defensa de la Competencia, consistente en autoexclusión del mercado diario para aprovechar su posición de dominio en restricciones, obteniendo en esos periodos un mayor ingreso que otras instalaciones de la misma tecnología.
 - Sin perjuicio de lo anterior, estos periodos serían en su mayor parte anteriores a la citada Resolución.
 - El grupo 4 de Castellón también presenta periodos de despacho por restricciones pero no puede decirse que fuera el mismo caso porque sí tenía competencia en la zona y su despacho por restricciones no era tan sistemático como en el caso de Castellón 3.
 - Recientemente Iberdrola ha solicitado autorización para el cierre y desmantelamiento del grupo Castellón 3. Esta solicitud ha sido informada favorablemente por la CNMC con fecha 17 de marzo de 2015 (INF/DE/012/15).
 - **Respecto de la zona Levante Sur afectada por la Resolución de 8 de marzo de 2007**
 - Los grupos 4 y 5 de Escombreras podrían haber llevado a cabo en varios periodos de 2004 y 2005 la misma conducta de 2003 que fuera objeto de la Resolución de 8 de marzo de 2007 del Tribunal de Defensa de la Competencia, consistente en autoexclusión del mercado diario para aprovechar su posición de dominio en restricciones, obteniendo en esos periodos un mayor ingreso que otras instalaciones de la misma tecnología.
 - Sin perjuicio de lo anterior, estos periodos serían en todo caso anteriores a la citada Resolución. Y, en todo caso, debe tenerse en cuenta que prácticamente ninguna instalación semejante se despachaba en esa época en el mercado diario.

- El grupo 6 de Escombreras no presenta periodos prolongados de despacho a subir por restricciones.

CUARTO.- Sobre la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Resolución de 8 de marzo de 2007.

En su Informe Final de Vigilancia fechado el pasado 27 de mayo de 2015, la DC considera que a la vista de todo lo expuesto y de las conclusiones puestas de manifiesto en el Informe de la Dirección de Energía, no procedería la realización de actuaciones tendentes a verificar si se han realizado conductas similares a las acreditadas en la Resolución de 8 de marzo de 2007 objeto de este expediente de vigilancia.

Como ya se analizado en el Fundamento anterior la temporalidad de la conducta, en este caso, conlleva la pérdida del objeto de la vigilancia del presente expediente. Cualquier desarrollo de una posterior conducta similar a la analizada, constituiría nuevos hechos y debería volver a ser investigada por el órgano de instrucción por si pudiera tratarse de una práctica sancionable por la LDC.

La DC finaliza su informe concluyendo que *“Iberdrola Generación ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la Resolución de 8 de marzo de 2007, por lo que procede declarar dicho cumplimiento y dar por concluida la vigilancia de la mencionada Resolución”*.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la DC, en las que considera que Iberdrola Generación ha dado cumplimiento a lo establecido en dicha Resolución.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Considerar que IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2007.

SEGUNDO.- Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución, recaída en el expediente VS/0601/05 IBERDROLA CASTELLÓN.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.