

RESOLUCIÓN (Expte. R 717/07, ENDESA/GAS NATURAL)

Pleno

Sras/Sres:

- D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
- D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
- D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuervo Mir, Vocal
- D^a. Maria Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 9 de julio de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC), con la composición expresada y siendo ponente D. Miguel Cuervo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 717/06 (2666/06 del Servicio de Defensa de la Competencia –en adelante, el Servicio, SDC-), incoado para resolver el recurso presentado por la mercantil ENDESA GENERACIÓN (en adelante EG o Endesa), al amparo del art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial del Servicio de Defensa de la Competencia, de 12 de febrero de 2007, contra GAS NATURAL ELECTRICIDAD (en adelante, también GNE) por una supuesta infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de febrero de 2007, el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda el sobreseimiento parcial de la denuncia presentada por ENDESA GENERACIÓN (en adelante EG o Endesa) contra GAS NATURAL ELECTRICIDAD por una supuesta infracción del artículo 6 LDC consistente en ofertar en el mercado diario de electricidad a “precios excesivos” en determinados días comprendidos entre el 1 de enero de 2004 y 28 de febrero de 2005. El sobreseimiento es para aquellos días de ese periodo que no están expresamente imputados por el SDC porque no puede acreditarse que tuviera posición de dominio. Esto significa que existe un expediente sancionador en el Tribunal, 627/07, en el que el SDC propone que se sancione a GAS NATURAL ELECTRICIDAD por su comportamiento abusivo en determinados días del periodo citado.

2. Con fecha 21 de febrero de 2007, se recibe en el Tribunal escrito de recurso de ENDESA contra el acuerdo de sobreseimiento parcial del SDC de 12 de febrero de 2007. La recurrente considera que el sobreseimiento no se ajusta a derecho porque “GAS NATURAL sí cometió un abuso de posición de dominio en los días que no han sido expresamente imputados entre el 1 de enero de 2004 y el 28 de febrero de 2005”. Para ello argumenta que en esos días no imputados por el SDC era predecible el comportamiento del mercado y GAS NATURAL Electricidad tenía independencia de comportamiento, no afectando al mismo la entrada de nuevos competidores como Nueva Generación del Sur, porque “la zona sur siguió necesitando sistemáticamente de la reprogramación de grupos por restricciones técnicas prácticamente a diario hasta mediados de febrero de 2005 (225 de los 235 entre el 21 de julio de 2004 y el 10 de febrero de 2005)”.
3. Con fecha 26 de febrero de 2007, se recibe en el Tribunal escrito del SDC en el que señala que recibió con fecha 21 de febrero de 2007 el recurso de ENDESA dirigido al TDC y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 37.4 y 47 LDC, comunica al Tribunal que el recurso ha sido interpuesto en plazo y que, respecto del fondo, ENDESA realiza alegaciones sobre el expediente administrativo que “se refieren a las líneas de negocio de Gas Natural Electricidad, S.A. empresa investigada en el expediente, de manera similar a como se hace en el Acuerdo recurrido”. El SDC señala que ENDESA también hace alegaciones sobre el contenido que “son idénticas” a las que dicha empresa formuló a la Propuesta de Sobreseimiento parcial de 19 de enero de 2007 (folios 1685 a 1701), por lo que este Servicio se remite a la contestación que les dio en el Acuerdo recurrido, considerando que procede el sobreseimiento parcial acordado en el expediente”.
4. Con fecha 9 de marzo de 2007 el Tribunal, mediante providencia, comunica a los interesados la admisión a trámite del recurso y les da plazo para formulación de alegaciones y presentación de documentos y justificaciones que consideren necesarios.
5. Con fecha 3 de abril de 2007 se recibe en el tribunal escrito de alegaciones de GAS NATURAL ELECTRICIDAD SDG, S.A. El escrito se presenta en dos versiones –confidencial y no confidencial-.
6. Con fecha 28 de junio de 2007 el Pleno del Tribunal resolvió y falló este expediente de recurso.
7. Son interesados:

- ENDESA GENERACIÓN, S.A.
- GAS NATURAL ELECTRICIDAD, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El artículo 47 LDC dice que los actos del SDC que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, serán recurribles ante el TDC en el plazo de diez días. Así lo hizo la mercantil ENDESA GENERACIÓN (EG), mediante escrito de recurso ante este Tribunal, por el que pretende la revisión del Acuerdo de sobreseimiento parcial del Servicio en una denuncia del recurrente contra GAS NATURAL ELECTRICIDAD por infracción del artículo 6 LDC. El recurso trae causa en un expediente sancionador abierto por supuestos comportamientos contrarios a la LDC por parte de GAS NATURAL ELECTRICIDAD, quien, con su central de generación eléctrica San Roque 1, supuestamente siguió un comportamiento consistente en utilizar la existencia de restricciones técnicas, para beneficiarse de ello, en lo que Red Eléctrica de España ha establecido como Zona Sur, y para el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005. El SDC fundamenta su sobreseimiento parcial en la consideración de que para un determinado número de días de ese periodo -más concretamente entre el 19 de junio de 2004 y el 28 de febrero de 2005- no ha quedado acreditada la conducta imputada. Consecuencia del Acuerdo del SDC, se presenta un recurso por parte de ENDESA GENERACIÓN.

SEGUNDO. En el Acuerdo de sobreseimiento parcial del SDC, fundamentado en un texto de 45 páginas (folios 19 a 63 del Expediente del TDC), en esa Zona Sur, operaban varias centrales de generación de diferentes tecnologías. Entre ellas, la central de San Roque 1, propiedad de GAS NATURAL. De acuerdo con el SDC, “a principios del periodo investigado, en el mercado relevante competían tres operadores económicos distintos: Gas Natural Electricidad (central de San Roque 1), Endesa Generación (centrales de Los Barrios y San Roque 2) y Viesgo Generación (centrales de Algeciras 1 y 2)”. Pero en el periodo considerado y muy especialmente a partir del 19 de junio de 2004, entraron en funcionamiento en esta zona nuevas centrales de generación. Así, a mediados de junio de 2004, comenzó a operar Nueva Generadora del Sur (centrales de Campo de Gibraltar 10 –el 19 de junio de 2004- y 20 –el 21 de julio de 2004-), e Iberdrola Generación lo hizo en noviembre de ese mismo año (centrales de Arcos 1 –el 7 de enero de 2005- y 2 –el 1 de noviembre de 2004-). Esto le lleva al Servicio a concluir que “entre el 19 de junio y el 28 de febrero de 2005, no ha podido acreditarse que Gas Natural Electricidad supiera con seguridad que se producirían restricciones en

caso de no casar San Roque en el Mercado Diario”. Esta afirmación que fundamenta el sobreseimiento parcial, está directamente conectada con otra que permite desarrollar el resto del expediente sancionador: “este Servicio considera acreditado que Gas Natural Electricidad tenía posición de dominio en el mercado relevante definido en los días en los que podía prever que serían necesaria la producción conjunta de, al menos, 3 centrales entre el 1 de enero y el 18 de junio de 2004”.

TERCERO. De acuerdo con lo expresado por el SDC, el mercado relevante se define como “el mercado de suministro de energía eléctrica en un contexto de restricciones técnicas en la zona Sur”. En este mercado y según el SDC, GNE tenía posición de dominio cuando “sabía que, dadas las condiciones de generación mínima necesaria y competidores en la zona Sur, si su central de San Roque 1 no casaba en el Mercado Diario, se producirían restricciones técnicas en la zona Sur” y, además, porque “sabía que si se producían restricciones técnicas en la zona Sur, San Roque 1 sería programada para resolverlas”. Señala también el SDC que “puede decirse que para niveles de demanda superiores a 645000 MWh, era predecible, con un muy bajo margen de error (menos del 3%) que serían necesarias conjuntamente, al menos, tres centrales (ya que en más del 97% de los días en los que la previsión diaria de la demanda nacional de REE superó los 645.000 MWh, fueron necesarias, como mínimo, 3 centrales de la zona Sur)”. Hasta la entrada en servicio de las nuevas centrales en 2004, el SDC señala que “puede inferirse que la central de Los Barrios podía casar sin ningún problema en el Mercado Diario, y que los grupos de San Roque 1 y 2 podrían haber casado con regularidad, aunque con márgenes más ajustados. Por el contrario, los precios del Mercado Diario no permitían remunerar los costes variables de las centrales de Viesgo Generación, por lo que es lógico que estas dos centrales no casaran nunca en el Mercado Diario”.

De acuerdo con lo anterior, el SDC entiende que “Gas Natural Electricidad no podía anticipar si los grupos de Endesa Generación casarían en el Mercado Diario, pero sí que los grupos de Viesgo Generación no casarían por sus elevados costes”. Ahora bien, con la entrada de funcionamiento de nuevas centrales de generación en la zona, entre el 19 de junio de 2004 y el 28 de febrero de 2005, “no ha podido acreditarse que Gas Natural Electricidad supiera con seguridad que se producirían restricciones técnicas si San Roque 1 no casaba en el Mercado Diario”. Por lo tanto, al no poder acreditarse con seguridad la independencia de comportamiento de GNE en relación con el funcionamiento de su central San Roque 1, a partir del 19 de junio de 2004 en la Zona Sur, no se puede sustanciar un abuso de una posición de dominio no acreditada.

CUARTO. A raíz de este Acuerdo de sobreseimiento parcial del SDC, ENDESA GENERACIÓN presenta un recurso ante el Tribunal. En el recurso, EG subraya que denunció que “GAS NATURAL con sus centrales de ciclo combinado estaba incurriendo en una práctica contraria a la competencia consistente en retirar oferta del mercado diario, ofreciendo precios excepcionalmente por encima de sus costes variables [...] abusando con ello de la posición de dominio que GAS NATURAL ostenta en dicho mercado (zona Sur) y adquiriendo unas rentas extraordinarias ilícitamente obtenidas”. EG considera que GN sí tenía posición de dominio durante el periodo de 19 de junio y 28 de febrero de 2005 con su central de San Roque 1, porque “sabía que, en muchos de los días del citado periodo, si no casaba en mercado diario sería llamada para solución de restricciones técnicas”.

EG entiende que el Servicio “razona la no imputación por los días mencionados en el hecho de si GAS NATURAL sabía o no sabía qué posibilidades tenía de ser llamada para solución de restricciones técnicas”. EG argumenta que los datos dicen que hay evidencia de demanda residual positiva en numerosos días del periodo analizado, porque “todos los días en que se puede asegurar que San Roque 1 ostenta posición de dominio (los 161 días antes citados en los que se solicita alguno de los grupos de fuel-gas de Algeciras) se sitúan en periodos claramente identificables en el año por tratarse de días de mayor demanda (todos los laborables de enero, febrero y marzo de 2004 y gran parte de los laborables de noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005), o días de bajo factor de potencia en la demanda de la zona sur (prácticamente todos los laborables de junio a septiembre de 2004)”. Insiste EG en que “un comportamiento abusivo como el presente no deriva tanto del hecho de si la propietaria de la central sabe o no sabe que va a ser llamada a solucionar restricciones técnicas como por el hecho de que ofrece precios muy por encima de sus costes variables con el objeto de que sea llamado a solucionar restricciones técnicas”.

Para la objetivación del abuso, se refiere EG a la Resolución 552/02. En cuanto a la predictibilidad, EG considera que, aunque “es cierto que el Operador del Sistema sólo publicaba las previsiones de la demanda nacional”, el comportamiento por repetición le da una alta predictibilidad “en días consecutivos”. Así, el margen de error es “escasísimo” en días laborables de periodos críticos o en el corto plazo y días continuados. Todo ello se facilitaba por la aparición diaria del Informe de Solución de Restricciones Técnicas que REE ponía a disposición de los generadores. También se puede obtener esa información, según EG a través del Comité de Agentes del Mercado y del Comité Técnico de Seguimiento de la Operación del Sistema. Del mismo modo, los Planes de Descargo (anuales, semanales y diarias) permiten conocer la capacidad de transporte y transmisión a través

de las redes de la zona. A lo que añade la opinión de la CNE preguntada por el TDC respecto de este particular.

Por lo tanto, según EG, cuando GNE va a restricciones técnicas con margen de error del 3% y una demanda superior a 645000 Mwh, sabía que iba a ser llamado a restricciones. Así, en la semana del 11 al 18 de julio de 2004 fue solicitado para restricciones con una retribución media de 5,886 c€/kwh y “completa su programa” en los mercados posteriores a un precio medio de 3,73 c€/kwh. Por otro lado, la entrada de los ciclos combinados de Nueva Generadora del Sur o Arcos “no afectó a la programación de la central de San Roque 1 por restricciones hasta enero de 2005” porque la zona sur siguió necesitando sistemáticamente de la reprogramación de grupos por restricciones técnicas prácticamente a diario. Por otra parte, EG considera que hay que tener en cuenta el comportamiento del grupo gemelo de GNE Besós 4 que casaba regularmente en el mercado diario a un precio medio de 2,16 c€/kwh.

QUINTO. GAS NATURAL ELECTRICIDAD, por su parte, critica que el concepto de posición de dominio por parte del SDC sea “intermitente”, es decir, por periodos. Considera que la cuota de potencia instalada de San Roque 1 en relación con el total de la Zona Sur, en el peor de los periodos imputados es muy baja y que su escasa cuota en el mercado diario y su falta de integración vertical, constituyen elementos suficientes para considerar nula su capacidad para influir en la formación de precios de esos mercados.

En orden a la definición del mercado relevante y la posición de cada operador en el mismo, GNE argumenta que el TDC ha seguido un análisis estructuralista para definir mercados y posiciones de dominio y en su Resolución 601/05, Iberdrola Castellón, lo señaló expresamente, determinando que la sustituibilidad de la oferta era nula, junto con la no existencia de competencia potencial. En otros expedientes de empresas eléctricas, según GNE, como el 552/02, parece primar el elemento de monopolista en restricciones para fundamentar la posición de dominio y el abuso. En el Expediente 602/05, Viesgo Generación, GNE señala que se atendió a que las centrales de Viesgo eran las únicas capaces de hacer frente al problema de restricciones. Cree que el recurso de EG lo que hace es profundizar en la definición de posición de mercado del Servicio. Para GNE el caso está basado en “una larga serie de presunciones desconectadas de la realidad, errores de hecho y de derecho”. En todo caso, “una evidente desconexión de la realidad del mercado diario en esas fechas y de la absoluta incapacidad de GNE de alterar, interferir o tomar decisiones unilaterales respecto a dicho mercado”. Señala GNE que, con la cuota de EG en la zona y la programación de sus centrales en restricciones técnicas en 73 días del año 2004, se observa que San Roque 1 estaba fuera de restricciones en algunos

de esos días. Además, cita el Informe sobre formación de precios en el mercado de producción eléctrica enero-septiembre 2004 de la CNE en el que se dice que “el impacto de la retirada de unidades de producción para su despacho por restricciones había tenido un efecto prácticamente nulo en el precio de mercado”.

En cuanto a su capacidad para predecir el futuro de los distintos mercados eléctricos, GNE señala que “en última instancia, de lo que trata es que GNE sabía de antemano, antes de ofertar al mercado diario, lo que harían sus competidores en la zona y que, por eso, era “independiente” de los mismos”. Para GNE “se está infiriendo por el SDC una posición de dominio a partir de un resultado que sólo puede proceder de una conducta (ofertar para ser resuelto en restricciones), que es resultado de una doble evaluación de probabilidades de quien la realiza (en este caso el precio de casación en el mercado diario y los costes variables de los competidores de la zona)”. Para GNE se trata de “una construcción a posteriori de los pasos que hubiera debido dar”.

Igualmente, GNE señala que se ha construido toda la teoría de la posición de dominio de San Roque 1 en la zona Sur “ignorando deliberadamente la conducta de la empresa con evidente poder de mercado”. A todo ello añade una competencia potencial basada en la entrada de nuevos grupos en los meses siguientes. Para GNE “no puede abusar quien no la detenta y no se detenta en función de la estrategia subjetiva derivada de un grado de conocimiento que se atribuye, además, de forma arbitraria y errónea”.

SEXTO. Recientemente, en las Resoluciones 552/02, 601/05 y 602/05, el Tribunal ha tratado las cuestiones relativas a los mercados relevantes de la electricidad cuando existen restricciones técnicas. En estos expedientes ha considerado que existe un mercado de restricciones técnicas de dimensión regional y un único demandante con un número pequeño de oferentes disponibles. Además, se trata de mercados en los que no puede soslayarse el posible carácter temporal de los mismos. En los casos tratados por estas resoluciones quedaba claro que, “de producirse restricciones”, bien las centrales imputadas “eran las únicas que podían ser llamadas para resolverlas”, o bien que, como lo establecido en la Resolución 606/05, Viesgo, “en ese mercado local y temporal el operador se enfrentará a una demanda residual positiva”.

Por otro lado, es evidente que en la Zona Sur a partir del 19 de junio de 2004, las condiciones de producción cambian, al entrar en funcionamiento nuevas centrales de generación. El Tribunal está de acuerdo con el SDC en la consideración de que el comportamiento de GNE en el mercado diario ha podido condicionarse a lo que ocurra en el de restricciones técnicas. Pero, al

igual que el SDC, el Tribunal comparte la idea de que, en la medida en que GNE supiera si podía operar o no con seguridad en restricciones técnicas, así se comportaba finalmente en el mercado diario con su central de San Roque 1. Este conocimiento seguro se pierde a medida que se incorpora nueva potencia en la Zona Sur, del mismo modo que se pierde su capacidad frente a una demanda residual positiva. Ya no depende del comportamiento de cuatro centrales y dos propietarios distintos, sino que a partir del 19 de junio de 2004, depende del comportamiento que sigan ocho centrales y cuatro propietarios distintos. En este sentido, el Tribunal no puede aceptar lo alegado en el recurso por EG, porque el abuso no puede basarse en el simple hecho de que una central de generación acabe algunos o muchos días en la reprogramación para restricciones técnicas, aunque solamente fuera porque, en ese caso, la propia EG y sus centrales ubicadas en la Zona Sur tendrían problemas para explicar por qué en un número de días han estado operando en restricciones y no siempre en el mercado diario. Ni tampoco en el volumen de demanda nacional, porque éste siempre ha sido puesto en la instrucción en función del número y características de las centrales que entraban en la reprogramación de restricciones de la zona.

Lo relevante para el Tribunal lo establece el SDC en su contestación a las alegaciones de EG para el Acuerdo de sobreseimiento parcial, “se ha comprobado que, en el periodo investigado, en todos los días en los que San Roque 1 fue programada por restricciones, incluso en aquéllos en los que no tuvo alternativa o sólo tuvo como alternativa a las centrales de Viesgo Generación, había más centrales programadas por restricciones técnicas, también a su mínimo técnico a sus cargas bajas de su potencia, que tenían potencia sobrante suficiente para producir la cantidad de energía que resolvió San Roque 1”. A lo que añade, “si sus restantes competidores (excepto Viesgo Generación) hubieran casado toda su potencia en el Mercado Diario, no se habrían producido restricciones técnicas y San Roque 1 se habría quedado sin producir”. Es decir, no queda acreditado que a partir del 19 de junio de 2004 GNE con su central San Roque 1 pudiera seguir un comportamiento independiente de sus competidores, por lo que no es posible que GNE tenga posición de dominio a partir de esa fecha y en las nuevas condiciones de producción de la zona. Por lo tanto, sin posición de dominio no puede haber abuso y, por consiguiente, no se incurre en un ilícito de los tipificados por el artículo 6 LDC. En definitiva, este Tribunal no puede sino confirmar el Acuerdo de sobreseimiento parcial del Servicio en el caso que nos ocupa.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

HA RESUELTO

Único. Desestimar el recurso de la mercantil ENDESA GENERACIÓN, S.A. contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial del Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente instruido por la denuncia presentada por la recurrente contra la mercantil GAS NATURAL GENERACIÓN por supuesta conducta abusiva de las contempladas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en ofertar en el mercado diario de electricidad a precios excesivos en determinados días comprendidos entre el 1 de enero de 2004 y el 28 de febrero de 2005.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.