



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID

PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2007 0003230
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000166 /2007-B**
Recurrente: IBERDROLA GENERACION S.A.U_

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de IBERDROLA GENERACION S.A.U_, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por la representación procesal de la parte recurrente. Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a ocho de Septiembre de dos mil nueve.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
Nº de Registro:4903 / RG 4903
Fecha: 28/09/2009 12:45:54

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 16/06/2009
Fecha Sentencia: 02/07/2009
Núm. de Recurso: 0000166/2007
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02702/2007
Materia Recurso: MULTA
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilmo. Sr. : D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Demandante: IBERDROLA GENERACIÓN S.A., UNIPERSONAL
Procurador: ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN
Letrado:
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Práctica de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, 16/1989, de 17 de julio.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000166/2007
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02702/2007
Demandante: IBERDROLA GENERACIÓN S.A., UNIPERSONAL
Procurador: ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Madrid, a dos de julio de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **166/2007** se tramita a instancia de **IBERDROLA GENERACIÓN SA, UNIPERSONAL**, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, contra la resolución del Tribunal de la Competencia de 8 de marzo de 2007, por la que se le declara a dicha parte recurrente incurso en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de

la Competencia, se le intima para que en el futuro se abstenga de realizar tales prácticas, se le impone una multa de 38.710.349 € y se le obliga a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de mayor circulación, siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y ascendiendo la cuantía del procedimiento a 38.710.349 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente arriba indicada interpuso en fecha 11/05/2007 este recurso respecto del acto antes aludido y, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia por la que se:

A) Declare la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, por vulnerar los derechos de defensa de la recurrente, garantizados por el artículo 24 de la CE; alternativamente, declare la nulidad de la resolución impugnada por vulnerar el artículo 61.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la medida en que se ha dictado vulnerando total y absolutamente el procedimiento establecido para ello.

B) Se declare, con carácter subsidiario a la anterior pretensión, que no ha quedado acreditada la comisión de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la actora, anulando por ello la resolución recurrida.

C) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que no se proceda en el sentido anteriormente expuesto, se anule o reduzca de forma significativa la sanción impuesta por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto de esa demanda.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó que habiendo por presentado ese escrito, lo admita y tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia desestimándolo y confirme la resolución impugnada.

TERCERO.- Al no solicitarlo las partes, no se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- A continuación, se sustanció el trámite de conclusiones por escrito. Se señaló para deliberación, votación y fallo el 16 de junio de 2009, con el resultado que a continuación se expresa.

Es ponente de esta sentencia el Ilmo. Magistrado Sr. don José Arturo Fernández García.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Tribunal de la Competencia (en adelante TDC), de 8 de marzo de 2007, por la que se le declara a la arriba referida parte recurrente incurso en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 6.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), al ofertar en el mercado diario de la energía precios encaminados no a su casación en dicho mercado, sino para generar en situación de restricciones técnicas, en cuya situación era el único posible oferente, conducta que tuvo lugar, de forma continuada, para la central de Castellón 3 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; imponiéndosele a dicha interesada una multa en total de 38.710.349 € y obligándosele a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de mayor circulación.

Son antecedentes de hecho de esta resolución, que se han de tener en cuenta para una adecuada resolución del pleito a la vista de las alegaciones de las partes que luego se expondrán, los siguientes:

1º) El 3 de noviembre de 2004 por el Servicio de la Competencia (en adelante SDC), y a la vista de un escrito remitido el 26 de mayo de 2004 por el Presidente de la Comisión Nacional de la Energía (en adelante CNE), se incoa expediente sancionador nº 2.560/ 04 contra la hoy recurrente por practicas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), al estimar que en dicho escrito existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC relativas a la actuación de la Central de dicha entidad Castellón 3.

En el indicado escrito de la CNE (que constituye una auténtica denuncia) se dice textualmente, entre otras cosas (Folios 3 y ss del expediente del SDC), las siguientes: "El ciclo combinado de Castellón 3, a partir del día 18 de diciembre de 2002 deja de ser despachado con regularidad en el Mercado Diario. A partir de 27 de mayo de 2003 y coincidiendo con un aumento de los precios en el Mercado Diario este grupo vuelve a ser despachado por Mercado Diario hasta el día 23 de octubre momento en el que los precios vuelven a disminuir. En los periodos en que el grupo no es despachado por el Mercado Diario es programado por restricciones por el operador del Sistema.... La programación de este grupo por restricciones se produce en una situación de acusado monopolio local. Simultáneamente se observa que dicho grupo obtiene unos ingresos superiores a los que hubiese obtenido si hubiese resultado despachado en el Mercado Diario, en días en que otros grupos de ciclo combinado, incluso de la misma empresa, como es el caso de Castejón 2, han participado con normalidad en dicho Mercado Diario. Al ser estos grupos de la

misma tecnología deberían tener costes similares; así si uno resultase casado en el Mercado Diario, otro debería serlo también, no habiendo a priori explicación para que, de manera sistemática, uno de ellos sea despachado en Mercado Diario y otro lo sea por Restricciones, y sobre todo para que los ingresos obtenidos por los mismos sean significativamente diferentes...”

2º) El 27 de diciembre de 2004 recibe el SDC otro escrito del Presidente de la CNE, remitiendo acuerdo adoptado por la CNE el 10 de diciembre 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 (folios 514 a 526 del expediente del SDC), en el que se describen los siguientes hechos:

“Durante el año 2003 se observan unos ingresos medios excepcionalmente elevados obtenidos por el grupo de gas Algeciras 1, por los grupos de fuel-gas Algeciras 2 y Colón 2 y por los grupos de fuel Escombreras 4 y Escombreras 5...Adicionalmente, se observa que tales ingresos coinciden con períodos en los que, por motivos de estabilidad de red, el Operador del Sistema programa dichos grupos en el proceso de resolución de restricciones técnicas, proceso en el cual las citadas unidades se encuentran en una situación de clara posición de dominio...Se pretende analizar si el comportamiento señalado constituye un abuso de posición dominante, que se habría puesto de manifiesto en forma de la obtención de una renta extraordinaria por su funcionamiento en el proceso de resolución de restricciones técnicas”.

El citado escrito e informe adjunto se registra por el SDC con el nº 2.582/04, y en las conclusiones del mismo se denuncia respecto a la actora que existen indicios de abuso de posición dominante con relación a la participación de Escombreras 4 y Escombreras 5 en el mercado de producción de energía eléctrica durante el año 2003, añadiendo la CNE que los hechos de este segundo informe son muy similares a los expuestos por la CNE en informes anteriores remitidos al SDC, entre ellos el que dio lugar a la incoación del expediente 2.560/04.

3º) El 17 de enero de 2005, el SDC acuerda escindir del expediente 2.582/04 la parte que corresponde a las actuaciones contra Iberdrola, y en concreto con respecto a los grupos de generación Escombreras 4 y Escombreras 5, numeradas con el nº 2.584/04, y acumularlo al expediente sancionador nº 2.560//04.

4º) El 7 de octubre de 2005, tras practicarse las actuaciones para la instrucción del correspondiente expediente sancionador, el SDC formula el pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH), en el cual (folios 1.478 a 1.524 del expediente del SDC) se exponen los siguientes hechos recogidos en negrita en el mismo como acreditados (a continuación de cada dicho hecho se recogen otros en letra normal que no se exponen por no ser necesarios):

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.

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.

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

5. Durante el periodo investigado, el grado de certidumbre 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.

6. Los días en los que las centrales de IBERDROLA GENERACIÓN fueron programadas para resolver restricciones técnicas durante los respectivos periodos 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 concretos, la diferencia es inusualmente elevada.

7.- En los días señalados en el hecho 6 (16 de mayo de 2003 y 13 de noviembre de 2003) en los que la diferencia entre los precios medios ponderados ofertados (en adelante PMP) y el coste variable revelado (en adelante CVR) de las centrales de IBERDROLA GENERACIÓN es inusualmente elevada, dicha diferencia no se explica por incrementos en el coste del combustible

A continuación se efectúa la correspondiente valoración jurídica.

5º) El 10 de octubre de 2005 y el 27 de octubre de 2005 la interesada (la hoy actora) presenta sendos escritos de alegaciones, el último de ellos contestando al citado PCH.

6º) EL 2 de noviembre de 2006 el SDC emite su Informe-propuesta en el que propone al TDC:

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 SA 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 SA UNIPERSONAL, para que en el futuro se abstenga de realizar prácticas prohibidas semejantes.

Tercero. Que se ordene a IBERDROLA GENERACION SA 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.

7º) Admitido el expediente citado por el TDC, con fecha 14 de noviembre de 2005 se dio plazo de 15 días para proposición de prueba, solicitando la interesada una ampliación de plazo de 8 días, que se le concedió; finalmente presenta la misma el escrito de proposición de prueba y vista respecto del que el TDC por Auto aceptó algunas de las pruebas pero denegó la vista. Posteriormente, la interesada contestó a este Auto, que dio lugar a una providencia del TDC aclarándolo, y respecto a la cual la citada interesada presenta nuevas alegaciones sobre la decisión del TDC en relación a los medios de prueba y la vista solicitados.

8º) EL 20 de julio de 2006 el TDC, al amparo del artículo 41.1 de la LDC, otorga trámite a la recurrente para que presente conclusiones en el plazo de 15 días, la cual lo hace en el plazo legal.

9º) El 6 de octubre de 2006 el TDC 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 (folios 412 y ss del expediente del TDC). Estas diligencias consintieron en reclamar a Red Eléctrica de España (en adelante REE) y al Operador del Mercado Eléctrico (en adelante OMEL) una serie de datos en relación a las Centrales de Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5 y los resultados de una serie de simulaciones propuestas por dicho 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.

10º) El 24 de octubre de 2006 la interesada se dirige al TDC para expresar su consideración sobre esas diligencias para mejor proveer y suplicar una resolución exculpatoria. Tras distintas solicitudes de ampliación, finalmente REE y OMEL entregan la distinta documentación solicitada al TDC, que es remitida a la interesada para que en un plazo de 15 días efectúe alegaciones, solicitando la misma una ampliación del plazo en 10 días más; y el TDC, a fin de subsanar un error cometido en la documentación entregada por OMEL, dicta nueva providencia que anula la anterior, remite a la interesada la información adicional y le concede un plazo improrrogable de 20 días para que formulen alegaciones. A continuación dicha parte presenta alegaciones.

11º) El 12 de enero de 2007 OMEL remite nueva documentación antes no enviada al TDC, relativa a Castellón 3.

12º) El 18 de enero de 2007 el TDC dictó providencia por la que acordó oír al instructor sobre una posible recalificación de la conducta de acuerdo con lo previsto en el art. 43 de la LDC, al estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el SDC, al ser susceptible de otra calificación.

13º) A continuación, se realiza el trámite de audiencia al instructor del art. 43 de la LDC, siendo cumplimentado por el Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia del SDC.

14º) El 25 de enero de 2007 el TDC dicta Auto sobre nueva calificación (folios 6.160 a 6.176 del expediente del TDC) 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 para formulación de alegaciones en el plazo de 15 días de acuerdo con lo previsto en el artículo 34 de la LDC; suspendiéndose el plazo para dictar resolución desde su notificación hasta la presentación de alegaciones por la parte interesada (art. 43 de la LDC).

15º) En plazo legal la interesada presenta escrito de alegaciones solicitando la revocación de ese Auto y que se ponga fin al expediente con una resolución que declare que no se ha acreditado conducta alguna contraria a la LDC. El mismo día presenta dicha parte otro escrito, igualmente ante el TDC, solicitando distinta documentación de OMEL y que el plazo de alegaciones acordado por el Auto de 25 de enero de 2007 se suspenda hasta que reciba la documentación en ese momento solicitada.

16º) El 31 de enero de 2007, por providencia el TDC declara que no procede pronunciarse sobre la revocación del Auto, remite la documentación requerida y acepta la petición de suspensión del plazo para alegaciones. Posteriormente, la interesada formuló escrito de alegaciones y propone determinada prueba.

17º) El TDC dictó con fecha 8 de marzo de 2007 la resolución objeto de este recurso (folios 6.898 a 6.981 del expediente del TDC), en la que se admite la prueba documental propuesta por la parte interesada y se rechazan los restantes medios de prueba de acuerdo con los razonamientos expuestos en el fundamento de derecho primero de esa resolución. En esta resolución del TDC igualmente se hacen constar los siguientes hechos probados:

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 técnicas, se confirma que existe una zona geográfica delimitada como Levante-Norte, ya que solo 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 subtensión, 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 subtensión 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 de 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.....

...3. Durante los periodos investigados en el presente expediente, esto es, el año 2003 para las centrales de Escombreras 4 y 5 y los dos periodos imputados en el caso de la central de Castellón 3, se observa que los precios medios ponderados diarios de las ofertas que estas centrales ha realizado al operador del mercado se han situado sistemáticamente por encima de los precios medios ponderados diarios del mercado diario. Por el contrario los periodos en los que presenta ofertas competitivas al mercado como son el año 2002 para Escombreras 4 y 5 y los periodos 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 de 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..... Gráfico 2.2: Comparación de los precios del diario con los ofertados por Escombrera 4.... Gráfico 2.3 Comparación de los precios del diario con los ofertados por Escombreras 5.....

...4 . De la información remitida por el operador del sistema y el operador del mercado (REE y OMEL), se concluye que la implementación de la 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 periodo.

Gráfico 3.1: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de la oferta en Castellón 3....Gráfico 3.2: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de la oferta en Escombreras 4.....Gráfico 3.3: Ingresos medios en restricciones técnicas, en el diario, precio del diario y precio de oferta en Escombreras 5.... CUADRO 1.1 Ingresos medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Castellón.... CUADRO 1.2 Ingresos Medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Escombreras 4.... CUADRO 1.1. Ingresos Medios por cada concepto y Precios ofertados y Precios del diario para Escombreras 5....

5. La Energía generada por restricciones técnicas en España tiene una 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 mas 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.....

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 restricciones técnicas en la zona Levante-Sur.....

6. Durante los periodos 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 más del 70 % en los meses de enero y febrero, tal 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.... Cuadro 2.2....Cuadro 2.3.....

7. El impacto económico de las restricciones técnicas, se puede observar en el cuadro 3 que muestra cómo 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.....

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 de 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.....

9. La información remitida por Red Eléctrica a resultas 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....

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 lo que se hicieron ofertas con la intención de no casar en el mercado diario y por lo tanto quedar en posición de ser llamada 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 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.....Cuadro 5.1. Castellón 3. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos...Cuadro 5.2. Escombreras 4. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos...Cuadro 5.3 Escombreras 5. Comparación de Estrategias y sus Resultados en días homogéneos...

En la parte dispositiva de la citada resolución del TDC se acuerda textualmente:

Primero.-Declarar que IBERDROLA GENERACIÓN SA 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 para 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 el 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 SA una multa de 38.710.349 €, suma que es el resultado de incluir diferentes conceptos:

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

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

Quinto.- IBERDROLA GENERACIÓN SA 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 Servicios de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide el cumplimiento de esta Resolución."

14

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda cuatro motivos de impugnación:

1º) EL TDC ha vulnerado los derechos de defensa de esa parte garantizados por el artículo 24.2 de la CE, pues el Auto de nueva calificación en realidad es una alteración radical de los hechos.

2º.- El TDC ha infringido la LDC en lo que respecta al trámite de prueba, porque el artículo 40 de dicha Ley prevé perfectamente los momentos precisos en que procedía la apertura y clausura del período probatorio, más allá de lo cual no cabía nuevos trámites de prueba.

3º. EL TDC no ha probado que Iberdrola haya incurrido en un abuso de posición de dominio, pues ni se acredita una posición de dominio ni que hubiera un abuso de esa posición de dominio, todo ello por parte de la demandante, por lo que se ha vulnerado el principio de tipicidad del artículo 129 de la Ley 30/1992.

4º.- La sanción impuesta es improcedente y en todo caso desproporcionada, pues no concurre culpabilidad ya que esa conducta por la que se sanciona a dicha parte tiene su origen en la deficiente regulación del mecanismo de restricciones técnicas entonces vigente; y por otro lado, no es proporcionada, y además, al aplicar el criterio del exceso de ingreso, se aparta radicalmente de los criterios seguidos en tal sentido por el TDC.

TERCERO.- La defensa del Estado opone, en primer lugar, que en ningún caso se ha producido un cambio en los hechos imputados, pues el referido Auto de nueva calificación dictado por el TDC sólo constituye un cambio de calificación jurídica porque, aunque el precepto vulnerado es el mismo, el art.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 en dicho Auto, que es igual al del PCH, y no la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos.

En segundo lugar opone la citada defensa que no se puede admitir que con el resultado de la providencia acordando diligencias para mejor proveer, de 6 de octubre de 2006, se produjo una nueva instrucción del expediente, pues su objeto era obtener del operador del mercado (OMEL) y del operador del sistema (Red Eléctrica) determinados datos históricos y simulaciones referidas, en todo caso, a los periodos de tiempo investigados por el SDC. Con ella se trató de profundizar en el conocimiento de la conducta objeto de investigación y nunca se pretendió ni se consiguió incorporar nuevos hechos susceptibles de ser sancionados al amparo de la LDC. En cualquier caso, se han aplicado los artículos 37.1, 42 y 43.1 de la LDC. En definitiva, nunca hubo cambio de sorpresivo de imputación porque los hechos en que se basa el cambio de calificación siguen siendo los mismos a los que se refirieron los informes de la CNE, el pliego de concreción de hechos y el informe-propuesta.

En segundo lugar, opone la reiterada defensa que la delimitación del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, realizado por el TDC cumple con la

doctrina existente y con los test de mercado que basados en la sustituibilidad de la oferta y la demanda deben ser aplicados en la delimitación del mercado relevante, que es necesariamente previa a la determinación de una posición de dominio. Añade que lo opuesto por la recurrente de que el TDC no había acreditado la capacidad de comportamiento independiente, que es en realidad el único racional posible, es una mera tesis porque siempre que se genera en restricciones se genera también en intradiario, y por lo tanto la estructura de costes en el diario y la estructura de costes en restricciones con intradiario convergen; si la estructura de costes en una y otra estrategia es la misma, no hay justificación alguna para la conducta, ni se sustenta el argumento de racionalidad alegado por esa parte. Por otro lado, señala esa misma defensa que efectivamente el operador del sistema es quien decide qué centrales deben generar en el mecanismo de restricciones técnicas, como reconoce la recurrente, pero ésta olvida decir que entre las que "están disponibles"; en consecuencia, la elección del REE no es libre, pues está restringida a las disponibles.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, entiende la referida defensa del Estado que el TDC ha probado y acreditado que en otros momentos del tiempo investigado, como son el 2002 y algunos meses de 2003, la recurrente se ha comportado acudiendo al mercado competitivo, lo que le permite analizar otras conductas de la misma empresa que podían ser indicativas de abuso de posición de dominio. En la resolución ahora recurrida se ha demostrado ese abuso comenzando por la delimitación del mercado relevante, acreditando la posición de dominio en dicho mercado y constatando la independencia de comportamiento que le ha llevado a cobrar un precio por su energía muy superior al que han percibido los agentes que se han comportado competitivamente en el mercado, causando esa conducta en éste unos efectos recogidos expresamente en la resolución del TDC recurrida (fundamento quinto).

En tercer lugar indica dicha parte que una lectura del hecho probado sexto de la resolución recurrida evidencia la existencia de culpabilidad por parte de la recurrente aún en su grado de simple inobservancia (artículo 130 de la Ley 30/1992), pues los cuadros estadísticos recogidos en ese hecho determinaban que las empresas terminaban mayoritariamente generando tal y como habían proyectado, en el diario cuando así lo decidían, o en restricciones técnicas e intradiario cuando esa era la estrategia planeada.

En cuarto lugar, y frente a las alegaciones de desproporción de la cuantía de la sanción y de que nunca antes se había impuesto una sanción de tal cuantía, la defensa del Estado señala que la recurrente ha efectuado una comparación de sanciones de forma sesgada. Sobre lo alegado por la actora de que se ha hecho, como nunca se hizo, equivaler la cuantía de la sanción impuesta al importe de los ingresos adicionales que le habría reportado la conducta que se sanciona, señala dicha parte demandada que la conducta sancionada es porque la demandante generó unos determinados niveles de energía eléctrica que al ser vendida en un mercado donde ostenta posición de dominio puede hacerlo a un precio muy superior al que obtendría en el mercado diario de la competencia. Sin embargo, los costes de generar dichos niveles de energía no son superiores a los de producir esa energía en el mercado competitivo, puesto que con la estrategia de generar en la fase de restricciones técnicas, y después en la fase de intradiario, los niveles de producción y

sus perfiles a lo largo del días son los mismos que se habrían producido al generar esa energía para el mercado diario; así lo demostró la CNE. Por lo que si los costes son los mismos en las dos situaciones y los ingresos en monopolio son muy superiores a los ingresos en competencia, ese exceso de ingresos se convierte en un beneficio extraordinario que en el ámbito jurídico se llama beneficio ilícito. La cuantía de esos beneficios ilícitos es precisamente lo que se utiliza como base de la cuantificación de la sanción, al igual que otros casos.

CUARTO.- Con carácter previo se ha de recalcar que el TDC, en su resolución, señala que el citado acto tenía como finalidad determinar si la hoy actora ha infringido el artículo 6 de la LDC a través de 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, indica la citada resolución, la habría desarrollado con tres grupos de generación, Castellón 3, Escombreras 4 y Escombreras 5, y habría estado conduciéndose así en los periodos del 18 de diciembre de 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 Escombreras 4 y 5.

La recurrente articula como primer motivo de su recurso que en la tramitación del expediente ante el TDC se ha practicado una nueva instrucción y al dictarse un nuevo Auto de recalificación se han vulnerado derechos de defensa y el principio acusatorio, pues se le está imputando a la interesada hechos nuevos no recogidos en el expediente; todo lo cual constituye una flagrante vulneración del artículo 24 de la CE.

El artículo 37 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LCD), dispone:

1. El Servicio de Defensa de la Competencia practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.

Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los presuntos infractores para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el período probatorio, efectuar en el plazo de diez días su valoración.

Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación.

2. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el Servicio al redactar el informe al que se refiere el número siguiente.

3. El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

4. Cuando, tras la instrucción necesaria, el Servicio considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de diez días hagan las alegaciones oportunas. Posteriormente el Servicio, podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones. Contra dicho acuerdo podrá interponerse recurso conforme a lo dispuesto por los artículos 47 y 48 de esta Ley.

El artículo 42 de la misma Ley establece:

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba incluso la de declaración de los interesados 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.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el Vocal designado a tal fin.

Finalmente, el artículo 43 de la misma norma prescribe:

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, conclusas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa.

De acuerdo con la normativa expuesta, en el presente procedimiento sancionador el PCH que efectúa el órgano instructor (SDC), y a que hace referencia el artículo 37 de LDC, no puede en ningún caso apreciarse como una calificación definitiva pues el artículo 43 de la Ley prevé que el órgano que ha de resolver (TDC) pueda efectuar una nueva calificación, pero en ningún caso cabe que esa nueva calificación modifique los hechos contenidos en el PCH, puesto que dicha norma sólo habla de nueva calificación, lo que implica que no se pueden alterar los hechos.

Igualmente, esas normas, concretamente el artículo 42, reconocen la posibilidad de que por el citado órgano que ha de resolver practique diligencias para mejor proveer, lo cual, enlazándolo con lo anterior, significa que las mismas únicamente tendrá como fin ratificar los hechos recogidos en el PCH y, en su caso, poder deducir otra calificación, pero siempre manteniendo intactos los hechos del citado PCH.

Por lo tanto, la resolución de la cuestión suscitada por la recurrente pasa por determinar si en el citado acto de nueva calificación se han introducido hechos nuevos respecto al PCH, lo cual resolverá también si efectivamente, y como apunta igualmente la recurrente, se ha producido una nueva instrucción por medio del sistema de diligencias para mejor proveer.

El TDC, valorando toda la documentación obrante en el expediente, concluye que no se han producido ninguna de esas irregularidades alegadas por la parte recurrente, ni se ha causado indefensión a la misma.

Efectivamente, y en coincidencia con el TDC, se aprecia que desde los informes de la CNE (que son auténticas denuncias), lo que se investiga es la conducta de la recurrente en el mercado eléctrico durante los periodos de tiempo que van desde el 18 de diciembre de 2002 al 27 de mayo de 2003 y desde el 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 para la unidad de generación de Castellón 3 y durante todo el años 2003 para las unidades de Escombreras 4 y 5. La valoración jurídica de estos hechos consiste en determinar si ha habido un abuso de posición de dominio para la realización de ofertas de precios muy altos en dos días, según el SDC, o bien la de realizar, según el Auto de nueva calificación del TDC, de manera continuada durante esos periodos ofertas de generación al OMEL 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.

Al hilo de lo expuesto en el anterior párrafo es evidente que en ambos casos el SDC y el TDC califican los hechos por el artículo 6.1 de la LDC, que dice textualmente:

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*
- b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.*

Se ha de resaltar que en el PCH, en su apartado de valoración jurídica, se recoge, concretamente en su último párrafo, lo siguiente: "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 en 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 (folio 1.524 del expediente del SDC)". En similares términos se pronuncia la propuesta al TDC de 2 de noviembre de 2005 (folio 1.766 del expediente del SDC)

El Auto de nueva calificación del TDC, de 25 de enero de 2007, recoge expresamente los hechos del PCH de 7 de octubre de 2005, y realiza una valoración jurídica en su fundamento quinto que dice: "Visto todo lo que antecede, en opinión del Tribunal, en el expediente instruido por el Servicio y atendiendo a los Hechos Acreditados contenidos en el PCH, la calificación jurídica que merecían los hechos es la de una práctica continuada de abuso de posición de dominio por parte de IBERDROLA durante los períodos señalados por la CNE en su informe e investigados, y no solo un abuso de posición de dominio los días imputados en el Informe-propuesta del Servicio, por lo que estaríamos ante una errónea valoración jurídica realizada por el Servicio...".

En la parte dispositiva de ese Auto el TDC considera que los hechos imputados en el PCH 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.

En este punto se ha de recordar lo sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006, recurso 3754/2006, con relación a los principios que rigen el procedimiento penal y que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador:

La potestad sancionadora de la Administración, que constituye una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, según contempla el artículo 25 de la Constitución, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto del principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que se proyecta en el reconocimiento, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva, y del derecho a un proceso con todas las garantías que garantiza el artículo 24 de la Constitución, del derecho subjetivo de que nadie puede ser sancionado sino en los casos legalmente previstos y por las autoridades administrativas que tengan atribuida por Ley esta competencia sancionadora y a través del procedimiento en que se respeten plenamente el derecho de defensa, el derecho de ser informado de la acusación y el derecho a la presunción de inocencia.

Los principios inspiradores del orden penal referidos en el artículo 25 de la Constitución y las garantías procesales consagradas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables con matices en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, según advierte el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia (STC 18/1981), exigiendo que se respete, según se afirma en la sentencia 77/1983:

«a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.»

Las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, F. 3) ».

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora...”.

Con respecto al procedimiento sancionador regulado por la LDC, la sentencia de ese mismo alto Tribunal de 27 de febrero de 2007 (recurso 7130/2005) señala:

Debe significarse que, según es doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), 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.

En consecuencia, proyectando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas a la presente litis, cabe rechazar que la Sala de instancia haya producido lesión de los derechos de defensa en la tramitación del expediente sancionador ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, al haberse respetado en la tramitación del expediente sancionador el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

Pues bien, en el presente caso se ha de resaltar, frente a lo alegado por la recurrente, que en el citado Auto de nueva calificación no se incorporan hechos nuevos, pues la continuidad temporal que el mismo imputa versa sobre el mismo periodo a que se referían los informes de la CNE que motivaron la instrucción, y las tres centrales que dicho Auto incluye en su calificación son las mismas que fueron objeto de la instrucción, porque esos informes-denuncias las mencionaban expresamente (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 de Castellón 3 y durante todo el año 2003 para las unidades de generación de Escombreras 4 y 5). El hecho de que el PCH sólo se refiriera a dos días y una central eléctrica (Castellón 3) en su valoración jurídica y el Auto de nueva calificación a una continuidad en el ámbito temporal a que se ciñó la investigación y ampliara la calificación a otras dos centrales, aparte de aquella, en absoluto supone una modificación de los hechos investigados y, por ende, no se vulnera, en los términos de la Doctrina arriba expuesta, el derecho a la defensa.

Por otro lado, en el Auto de nueva calificación se sigue calificando los hechos como que infringen también el artículo 6 de la LDC, constituyendo, igualmente, abuso de posición de dominio, si bien, frente a la realización de ofertas de precios extraordinariamente altos en dos días (SDC,) se recalca la referida continuidad en el tiempo de la realización de ofertas de generación al Operador del Mercado por parte de la expedientada a unos precios superiores a los precios de casación del mercado ordinario del momento a fin de ser llamada a generar para solucionar restricciones (Auto del TDC). Obviamente, la nueva calificación hace hincapié en determinados hechos ya investigados en la instrucción y recogidos en el PCH, pero ello no significa una introducción de nuevos elementos fácticos que dado su carácter sorpresivo pudieran causar indefensión a la parte recurrente.

También se ha de indicar que respecto a ese Auto de nueva calificación (que además cumplió el trámite de audiencia al instructor) la interesada pudo efectuar alegaciones, incluso se le entregó nueva documentación por la misma solicitada y se le amplió plazo a fin de efectuar nuevas alegaciones respecto a los nuevos documentos que se le entregó, y así lo llevó a cabo. Por otro lado, en la

sustanciación de las diligencias para mejor proveer anteriores a dictarse dicho auto, la parte interesada tuvo oportunidad, y así lo hizo, de efectuar alegaciones sobre dichas nuevas diligencias. En consecuencia, en ningún caso, se reitera, se le ha causado a la misma indefensión.

Respecto a las diligencias para mejor proveer que acordó el TDC en providencia de 6 de octubre de 2006 (folios 412 del expediente del TDC), se ha de recordar que su objeto era obtener del operador del mercado (OMEL) y del operador del sistema (RED ELECTRICA) unos datos históricos y determinadas simulaciones, siempre con relación al ámbito temporal que investigó el SDC.

Se ha de compartir lo alegado por la Abogacía del Estado en que con esas diligencias se pretendía concretar en un expediente sancionador, y de forma exhaustiva, las circunstancias que concurrieron en las conductas investigadas. La necesidad de realizar esas simulaciones lo reconoce la propia interesada en sus alegaciones efectuadas el 26 de noviembre de 2004 (folios 19 y ss del expediente SDC) cuando, con relación al informe de la CNE causante de la instrucción, señala:

*Profundizando mas en este tema, podemos encontrar en el apartado 2.2 del informe la siguiente afirmación: "...calculando para cada día en los que el grupo se 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 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 a 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 (folio 42).*

En definitiva, con las nuevas diligencias lo que se pretendía era profundizar en esos hechos investigados para su mayor concreción y acreditación, sin que en ningún caso supusiera la introducción de nuevos datos fácticos. Y la aparente abundante documentación de esas nuevas diligencias se debe, por un lado, a la duplicidad en algunos casos de la documentación remitida, y por otro porque se han remitido las salidas intermedias del proceso informático necesario para llegar a obtener los datos solicitados en esa diligencia para mejor proveer.

Finalmente, se ha de reiterar que la interesada ha tenido en todo momento conocimiento tanto de la instrucción del expediente como de la fase sustanciada ante TDC, pudiendo efectuar alegaciones y proponer prueba. Si alguna prueba se le ha rechazado, ello está dentro de la facultad que tiene en tal sentido, primeramente el órgano instructor y luego el que decide, de acuerdo con la normativa que regula estos procedimientos sancionadores en el ámbito administrativo. Igualmente, se oyó al órgano que instruyó el expediente y aunque no fuera la misma persona física que

ostentara su titularidad ello no le causa indefensión alguna a la interesada, aparte de que le Ley habla de que se oíría al órgano instructor no al concreto titular del órgano. Incluso, se insiste, tras la nueva calificación tuvo posibilidad la actora, y lo hizo, de efectuar alegaciones pidiendo la revocación del auto de calificación, aparte de que solicitó distinta documentación y se le admitió, no así otras pruebas; y ahora en sede judicial ha podido, aunque no lo ha solicitado, instar practica de prueba en defensa de su derechos.

En consecuencia, no ha habido un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos, pues en dicho acto de trámite se han tenido en cuenta los mismos que se recogían, por lo arriba expuesto, en los informes de la CNE que sirvieron de denuncia, en el PCH y en el Informe-Propuesta, que, se insisten, consistieron en la conducta de la hoy recurrente en el mercado eléctrico y concretada en el expediente en los periodos temporales que abarcan desde 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 para la unidad de generación Castellón 3, y durante todo el año 2003 para las unidades de generación Escombreras 3 y 4. Estos son los hechos que se han debatido por las partes en el procedimiento, de los que ha tenido perfecto conocimiento la interesada y sobre los que ha podido la misma proponer prueba y efectuar alegaciones, por lo que su derecho a la defensa ha permanecido intacto y sin que se haya, por ello, infringido en ningún caso el artículo 24 de la CE, ni el principio acusatorio.

QUINTO.- Entrando ya a conocer sobre el fondo del asunto, la parte recurrente alega como primer motivo, en esencia, que el TDC no ha acreditado el abuso de posición de dominio (artículo 6 de la LDC) que se le imputa a dicha parte, pues no acredita la concurrencia del elemento de la posición de dominio ni del de abuso de esta posición; vulnerándose, por ello, el principio de tipicidad del artículo 129 de la Ley 30/1992.

El artículo 6º de la LDC aplicable al caso de autos, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras f) y g) al apartado 2, ambas por el artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, establece:

“Artículo 6. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*

c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.*

g) *Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.*

3. *Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."*

El Tribunal Supremo ha sentado, sobre el contenido del mencionado precepto de la LDC, una consolidada doctrina. Así, en sentencia de dicho alto tribunal, de 4 de abril de 2006 (recurso 4699/2003), se señalaba:

Debe significarse, para abordar adecuadamente este motivo de casación, que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del artículo 38 de la Constitución, y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio, la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones, o actuaciones alentatorias de la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que a su vez, pueden constituir restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad, garantiza el artículo 51 de la Constitución.

Y no está fuera de lugar recordar lo que esta Sala ha declarado sobre el significado jurídico del abuso de posición dominante en la sentencia de 8 de mayo de 2003, (RC 4495/1998) que reiteramos en la sentencia de 9 de junio de 2003 (RC 8463/1998):

En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia invocada en primer término, dijimos:

A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él (se refiere al art. 6 LDC) una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

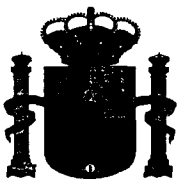
D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno».

Esta última doctrina reitera la establecida en sentencias de ese mismo Tribunal de 8 de mayo y 9 de junio de 2003. Por otro lado, esta Sala, en su sentencia de 4 de abril de 2006 (recurso nº 9 4699/2006), mantenía:

En este punto, el estudio del artículo 6º LDC, al igual que el del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria – singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)–, permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses



económicos –concurrenciales o extraconcurrenciales– de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

–Cabe diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son –primera línea de competencia– de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados –segunda línea de competencia– (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

–Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

–A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que

no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta (SAN de 26 de septiembre de 2005).

SEXTO.- El primer elemento del indicado tipo infractor por el que se ha sancionado a la recurrente es la posición de dominio, por lo que, para resolver si nos encontramos en una práctica de abuso de posición de dominio, se requiere, previamente, una concreción del mercado relevante en que se estaría realizando dicho supuesto abuso.

Señala la defensa de la recurrente, que el TDC ha llevado a cabo una inadecuada definición del mercado relevante y que no hay capacidad de comportamiento independiente por parte de dicha expedientada. Así, indica que las restricciones técnicas no son un mercado de producto sino un mecanismo de resolución pues aquellas tienen su origen exclusivamente en motivos técnicos y no responden a razones de mercado; no se trata de un mercado de abastecimiento de energía, sino de un proceso de naturaleza absolutamente diferente con implicaciones meramente técnicas; no hay una demanda específica que participe en el proceso de solución de restricciones técnicas, pues ningún demandante está asociado a este procedimiento, sea cual sea su localización geográfica, siendo el resultado del proceso que unos generadores (los llamados a solucionar el proceso) producen más y otros generadores producen menos de los que se había establecido inicialmente en el programa de funcionamiento; pero todo ellos lo hacen para el conjunto del sistema y no para un punto de consumo final concreto, y quien decide la utilización de las unidades de generación que han de prestar su servicio para solucionar las restricciones técnicas no son las compañías eléctricas sino el operador del sistema, que actúa de acuerdo con criterios estrictamente técnicos y de garantía de seguridad en el sistema eléctrico.

Por otro lado, la citada actora, y en lo que respecta a la dimensión geográfica del mercado relevante (frente a la expuesta de la dimensión de producto), recalca que el TDC reconoce que grupos generadores de fuera de la zona pueden contribuir a aliviar ciertas tensiones en la zona de restricciones técnicas, especialmente cuando el problema es de carga (el 33% de las veces), si bien señala ese Tribunal, añade la actora, que cuando la restricción se genera por subtensiones (el 67 % de las veces), o por falta de generación dentro de la zona, sólo las unidades ubicadas en esa zona pueden resolver el problema y ello justificaría una delimitación geográfica limitada. Sin embargo, la citada parte entiende que la afirmación de que sólo las centrales ubicadas en la zona de restricción puede resolver esos problemas no es cierta o al menos no lo es en todos los casos, como reconoce el TDC, por lo que este último no

podía concluir que la delimitación geográfica propuesta por el SDC era la correcta, cuando reconoce que, al menos, en el 33 % de los casos, el mercado geográfico es más amplio que en la zona en la que se produce la restricción.

El TDC, en la delimitación del mercado relevante, atiende tanto a su dimensión de producto como a su dimensión geográfica, haciendo finalmente suya la delimitación propuesta por el SDC, que a su vez procede del operador del sistema, en el sentido de que los hechos sancionados por el TDC se producen en las zonas de Levante-Norte y Levante-Sur de la península Ibérica, y que las unidades de generación ubicadas en ambas pertenecen al mismo grupo empresarial: IBERDROLA

En este punto es necesario recordar el análisis que lleva a cabo la resolución del TDC recurrida sobre el funcionamiento del mercado de generación y suministro de energía, que en lo esencial y objetivo de esa descripción no es cuestionado por la parte actora y que aporta una visión esclarecedora sobre dicho mercado y es muy necesaria para resolver las presentes cuestiones litigiosas.

Indica dicho Tribunal que 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"; 4) Los servicios complementarios y gestión de desvíos. Desde un punto de vista de la competencia, es relevante, apunta el TDC, el alcance de las tres primeras fases y es preciso determinar si cada una de esas tres fases son elementos necesarios para que sean considerados mercados diferenciados desde el punto de vista de la competencia.

Desde un punto de vista de los criterios de delimitación de mercados relevantes, apunta el TDC que 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 el punto de vista 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 la define el OMEL como parte del mercado de producción de energía eléctrica caracterizado por:

- Se realiza en una 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 el 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, señala el TDC, porque ante problemas de índole técnica hay que modificar el resultado de la fase anterior, siendo sus características:

- Dimensión regional
- Hay un demandante, el operado 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, apunta el TDC, que en ocasiones y en determinadas zonas, como en el presente caso, 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.

Se ha de añadir que el artículo 12 del Real Decreto 2.019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, en la redacción vigente cuando ocurrieron los hechos, establece:

Artículo 12. Restricciones técnicas

1. El programa diario base será comunicado por el operador del mercado a los agentes del mercado y al operador del sistema, quien, a la vista del mismo, determinará las restricciones técnicas que pudieran afectar a su ejecución, así como las necesidades de servicios complementarios a que diera lugar.

A los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por restricción técnica cualquier limitación derivada de la situación de la red de transporte o del sistema para que el suministro de energía eléctrica pueda realizarse en las condiciones de seguridad, calidad y fiabilidad que se determinen reglamentariamente y a través de los procedimientos de operación.

2. Para solventar las restricciones técnicas, el operador del sistema acordará con el operador del mercado la retirada de la casación de las ofertas de venta que sean precisas y la entrada de otras ofertas presentadas en dicha sesión, respetando el orden de precedencia económica. Las unidades de producción que hubieran de entrar en funcionamiento como consecuencia de las citadas restricciones técnicas percibirán por su energía la retribución que corresponda por la oferta que hubieran presentado para aquellos periodos de programación en que funcionen.

3. El programa resultante de la incorporación de estas nuevas transacciones y del resultado del mercado de servicios complementarios a que se refiere el art. 14 se denominará programa diario viable y será comunicado por el operador del sistema al operador del mercado y a los agentes del mercado en el plazo que se establezca en las normas de funcionamiento del mercado.

El Real Decreto 2.351/2004, de 23 de diciembre, establece un nuevo sistema de ofertar de forma independiente al mercado diario y a restricciones.

OMEL define al mercado intradiario como parte integrante del mercado de producción de energía eléctrica, que se caracteriza por:

- 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.

- Solo pueden ofertar 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.

El TDC considera, frente a las alegaciones de la interesada, que cada una de esas fases presenta los elementos básicos para que sean definidos como mercados de productos a efectos de un análisis de defensa de la competencia; que su propia configuración en secuencias temporales, derivada del sistema de funcionamiento, da lugar a que estos productos no sean sustituibles entre sí, como tampoco lo sería su oferta, siendo, por tanto, tres mercados diferenciados: el diario, el de restricciones técnicas y el intradiarios; finalmente, y dada la conexión entre ellos, especialmente entre el diario y el de restricciones técnicas, dicho TDC los considera como conexos a efectos del análisis de la competencia.

Esta Sala comparte los razonamientos del TDC de que la delimitación del mercado relevante responde a las singulares circunstancias en que se mueve la generación y suministro de la energía eléctrica en nuestro país, lo cual obliga a la delimitación geográfica de mercados más pequeños que el nacional. No hay que olvidar, tal como recoge el informe de la Comisión Europea que se hizo público en febrero de 2007 (Anexo Técnico del informe final al que se refiere la Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, relativa a la investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad), que elementos fundamentales de la existencia de mercados de mayor o menor tamaño son el diseño del sistema, la existencia de puntos de congestión en la red, la existencia de correlaciones de precios y de diferencias de precios y la diferente naturaleza de la oferta y la demanda a ambos lados de los puntos de congestión, lo cual supone que las restricciones técnicas justifican la delimitación geográfica de mercados más pequeños que el nacional.

Se ha de coincidir también con el TDC en que la delimitación geográfica del mercado responde a la imposibilidad física de suministro a una zona concreta debido a que las vías de suministro se congestionan en un momento determinado generándose una concreta demanda en ese lugar localizado que ha de ser satisfecha por oferta generada en esa misma zona, lo cual conforma un mercado en

el que quien demanda la energía pagará la oferta que se le ofrezca más barata, si existen varias, de lo contrario abonará la única que exista, que es lo que ocurre en este caso, como luego se verá. En definitiva, nos encontramos también en un caso claro de mercado, desde el punto de vista de la competencia, no, como opone la parte recurrente, en un problema técnico exclusivamente.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, se ha de recordar que la resolución del TDC recurrida tiene en cuenta, obviamente, los mecanismos del mercado, con independencia de las cuestiones técnicas, a la hora de delimitar el mercado relevante, pues valora, por un lado, la demanda de energía eléctrica, en concreto la del operador del sistema que debe resolver el problema, que en nuestro sistema es Red Eléctrica (REE), y por otro, una oferta, en este caso la de la recurrente, pues está capacitada para generar energía dado que la suya no ha sido seleccionada para generar en el diario ya que su precio de oferta es superior al del mercado, y un precio, que es el que ha ofertado dicha empresa sin negociación con Red Eléctrica.

En un caso como el presente, de llamada a resolver restricciones técnicas, que pertenece al campo del abastecimiento de energía, la no generación de la energía supondría una demanda de electricidad de una zona que no se cubriría, quedando los consumidores desabastecidos, por lo que nos encontramos con consecuencias económicas, aparte de las cuestiones técnicas, dado que esa energía generada recibiría un mayor precio que la restante, produciendo un sobrecoste que será finalmente pagado por los demandantes del mercado.

Por lo tanto, la elección de los generadores de las compañías que han de suministrar la electricidad la tiene que realizar el OMEL para la primera fase del mercado, el del diario, y REE (operador del sistema) para las restricciones eléctricas, los cuales lo harán con criterios económicos, es decir, aceptarán la oferta más beneficiosa, pero en la primera fase se podrá seleccionar entre todas las centrales del sistema mientras que en la segunda se reduce a las centrales existentes en la zona en cuestión, pues técnicamente sólo éstas pueden en ese lugar efectuar dicho suministro; por ello, en esta segunda fase la cuestión técnica es importante pero porque reduce las ofertas de suministradores, pero en cualquier caso la REE siempre actuará con criterios económicos una vez cumplidas previamente esas exigencias técnicas.

Pues bien, esta Sala, a la vista de toda la documentación obrante en autos, coincide con el TDC en que en el presente caso existe un mercado relevante de generación de energía eléctrica para la solución de restricciones técnicas formado por las zonas de Levante-Norte y Levante Sur de la península Ibérica, en el que la actora se encuentra en una posición dominante pues la propia REE ha informado que en esa zona geográfica sólo las centrales ubicadas en la misma, que pertenecen a dicha demandante, pueden técnicamente suministrar energía eléctrica en esas condiciones, y no las de otros lugares como alega la citada actora, tal, por ejemplo, las situadas en la provincia de Cádiz. Se ha de resaltar, en coincidencia con el TDC, que la REE es un operador independiente que viene realizando sus funciones de operador del sistema desde 1985, fecha desde la que también viene ejerciendo labores de operación y mantenimiento de la red de transporte, lo que le coloca en una situación que hace que sus informes al respecto tengan un gran valor y objetividad sobre la descripción de las zonas geográficas afectadas por

restricciones técnicas y la ubicación geográfica de las unidades de generación que son técnicamente capaces de resolverlas y que en el presente caso ha determinado esa delimitación de Levante Norte y Levante Sur, sin que la recurrente haya podido desvirtuar con prueba en contrario tal conclusión.

Finalmente, y sobre este punto, se ha de señalar que, como reconoce el TDC, pueden haber grupos generadores de fuera de esa delimitación geográfica que pueden ayudar a aliviar ciertas tensiones en esa zona de restricciones técnicas, sobre todo en caso de sobrecarga (el 33 %), pero cuando la restricción se genera por subtensión (el 67%), es decir, por falta de generación, sólo las unidades en la zona pueden resolver el problema, aparte de que se ha de resaltar que aliviar no es igual que resolver.

SÉPTIMO.-La recurrente opone también, con relación a este motivo de impugnación, que el TDC no habría acreditado en la conducta de la misma una capacidad de comportamiento independiente porque lo que dicho Tribunal considera indicativo de una capacidad de comportamiento independiente es en realidad el único racionalmente posible, y el Operador del Sistema (REE), y no dicha empresa, es quién decide qué centrales son las que deben generar el mecanismo de restricciones técnicas, pudiendo programar para ello centrales no situadas en esa zona de Levante.

En consonancia con la doctrina arriba expuesta, la determinación de la posición de dominio de una empresa es la fase siguiente para resolver si ha existido o no abuso de posición de dominio; y de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia Europeo (caso United Brands), dos son los conceptos relacionados directamente con la definición de tal concepto: la independencia de comportamiento y la obstaculización de la competencia efectiva.

Para contestar a la primera cuestión planteada por la actora, este Tribunal coincide con la Administración en que cuando se genera en restricciones se genera también en intradiario, por lo que los costes en las tres fases (diario, restricciones e intradiario) convergen, lo cual supone que no procede el argumento de racionalidad alegado por la actora.

La actora señala que es racional su conducta de cambiar del proceso competitivo del mercado diario al de restricciones técnicas, en el cual, como arriba se ha acreditado, era en el único donde podía participar ofertando energía eléctrica, conducta ésta que es la sancionada por la recurrente.

El citado cambio se aprecia en los gráficos 2.1, 2.2 y 2.3 de la resolución recurrida. En los gráficos 2.2 y 2.3, que comparan las ofertas de Escombreras 4 y 5 con el precio que se estaba formando diariamente en el mercado en competencia (el del diario representado por la línea gruesa), se aprecia que las líneas finas (ofertas de las centrales) estuvieron los días laborables hasta agosto de 2002 por debajo del diario (precio diario a 3-6 €/kwh y las ofertas de la actora a menos de 2€/Kwh). Por lo tanto, en esos 8 meses las citadas centrales de la demandante estuvieron participando, de lunes a viernes, de forma voluntaria en el mercado diario percibiendo por debajo del precio del diario (6 € Kwh).

Sin embargo, en el gráfico del último trimestre de 2005 aportado por la recurrente se aprecia que las ofertas al mercado diario es de un nivel de 10-14 €/Kwh y las del mercado de restricciones técnicas en un nivel de 14-16 €/Kwh. La recurrente afirma que aplicaba estos precios porque era la única forma de poder generar en restricciones técnicas ya que en caso contrario tendría pérdidas. A la vista de estos datos, se ha de coincidir con la defensa del Estado en que no se comprende la afirmación de la actora de que su actuación era racional pues no se puede aplicar dicho adjetivo cuando dicha parte estuvo durante ocho meses ofertando a un precio inferior a 2€/Kwh, produciendo para el diario e ingresando entre 3 y 6 €/Kwh, por lo que se entiende que entonces sufrían pérdidas o es que, como bien apunta la defensa del Estado, se han triplicado sus costes en tres años.

Con relación a la central de Castellón 3, en el gráfico 2.1 se observa que las ofertas realizadas (línea fina) de lunes a viernes desde la puesta de marcha de la central (noviembre de 2002) hasta mediados de diciembre (18 de diciembre) fueron a precios inferiores a los del mercado diario(línea gruesa), igual que desde el 28 de mayo al 23 de octubre, por lo que en esos períodos (1 mes y 5 meses respectivamente) estuvieron participando regularmente en el mercado diario ingresando unos precios entre 2-4 €/Kwh. Por otro lado, desde el 18 de diciembre hasta el 27 de mayo y desde el 23 de octubre hasta el fin del año (siempre en el año 2003), esa central de Castellón hacía sus ofertas entre 5 y 6 €/Kwh, lo que suponía que estando los precios del mercado a 4€/Kwh era imposible que casara con el diario. Pero la citada empresa era llamada a restricciones técnicas todos los días y luego acudía a la fase del intradiario, para completar su funcionamiento las 24 horas del día.

Estos datos acreditados en el expediente y recogidos en la resolución del TDC ponen en cuestión la alegación de la actora de que las ofertas de verano y diciembre de 2003, entre 5 y 6 €/Kwh, eran para cubrir costes en caso de ser llamados a restricciones técnicas, pero las ofertas a este mercado son, dos años después, de 8 a 14 €/Kwh. Se ha de compartir lo alegado por la defensa de la Administración de que no es muy razonable que la recurrente en el verano de 2003, cuando la demanda en zonas como Levante aumenta (ese verano fue uno de los más calurosos de los últimos años) y la producción de electricidad es previsiblemente necesaria en la zona (como se demuestra día a día), sin embargo piense que no va a casar en el diario y que le van a llamar para cubrir restricciones, lo cual va en contra de toda racionalidad, más cuando se conoce la demanda prevista hecha pública por REE.

En definitiva, a pesar de que la actora diga que su comportamiento en ese periodo por el que es sancionada era racional, sin embargo no se compadece con su actuación de al menos 8 meses con las centrales de Escombreras 4 y 5 en 2002 y de al menos 6 meses con la central de Castellón en 2003. Si ese comportamiento de dicho cambio que ha sido sancionado es racional, como señala la interesada, también se ha de entender que es racional que la misma haya estado incurriendo en pérdidas de forma voluntaria en esas centrales. Por lo tanto, en ningún caso se puede hablar de racionalidad en esa conducta, tal como alega dicha parte.

Sobre la alegación de que los costes en diario y en restricciones son muy diferentes, se ha de coincidir también con la Administración en que el casar con el diario es algo que controla el propio operador, que sabe la demanda prevista para el día siguiente al momento de ofertar y el precio del mercado diario que se ha fijado el día anterior, de modo que conoce que si oferta por debajo de ese precio (el que en ese momento se está formando en el mercado diario), la probabilidad de casar en el diario es mucho mayor que si oferta por encima.

Finalmente, se ha de indicar que siempre el TDC ha reconocido que no es igual el coste de generar en diario que el de generar en restricciones técnicas, pero se ha acreditado que siempre las centrales que operan así completan su programa en la tercera fase (intradía). Ello supone que no se tenga que parar y arrancar, y que el nivel de carga aumente, por lo que los costes pueden ser iguales que generar sólo en diario.

Sobre el argumento de que el Operador del Sistema (REE) es quien decide qué centrales deben generar el mecanismo de restricciones técnicas, pudiendo programar para tal fin centrales no ubicadas en la zona, se ha de indicar, en la línea de lo arriba expuesto, que esa decisión está limitada a las centrales que estén disponibles, es decir, que lo estén técnicamente (en el sentido de que estén ubicadas en la zona donde se genera la restricción) y que no estén casadas en el mercado diario y puedan generar libremente. Sobre la ubicación a medio plazo, es una cuestión que no se puede alterar, mientras que respecto a la disponibilidad económica en este caso depende de la actora, que lo estará si ofertó a un precio superior al que se esperaba en el mercado diario, pero en el caso ahora sancionado, al no hacerlo estaba libre para generar en restricciones.

Tampoco la recurrente ha acreditado con prueba en este procedimiento su alegación de que REE puede en la zona de Levante programar centrales no situadas en la misma, puesto que este operador en su contestación al SDC (folios 1341 y ss del SDC) indica que la resolución de las restricciones técnicas en la zona Levante-Norte y Levante-Sur sólo las puede efectuar las centrales situadas en esa zona, que además pertenecen únicamente a la interesada. El informe que en tal sentido aportó la recurrente en el expediente (folios 1611-1696) no fue admitido por la SDC como prueba, y en este proceso no se ha articulado prueba en tal sentido, por lo que esas conclusiones de un órgano técnico que se encarga de las operaciones del sistema permanecen intactas.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, no se ha desvirtuado por la recurrente las conclusiones del TDC de que la posición de dominio de la empresa actora se basa en que REE ha informado que sólo las centrales de esa zona, que únicamente pertenecen a aquella, pueden resolver esos problemas de restricciones técnicas, y que dicha empresa actúa de forma independiente pues libremente, en el periodo por el que ha sido sancionada, cambió de oferta en el mercado diario a la oferta a restricciones, fijando en éste mercado, en que no existe más oferentes, un precio superior, es decir, dicho cambio se debió exclusivamente a los intereses de la referida empresa. Como bien apunta el TDC, en los gráficos 2.1 y 3.1, referidos a Castellón 3, se aprecia que la recurrente, si la misma observa que en el mercado diario, donde existe competencia, los precios no le convienen, cambia de estrategia y se va a restricciones técnicas y así consigue un precio superior. Así, hasta el 17 de

diciembre de 2002, el precio de oferta que efectúa dicha entidad está por debajo del diario (ofertar al diario), mientras desde el 18 de diciembre de 2002 hasta el 26 de mayo de 2003 su precio de oferta (ofertar a restricciones) es superior en tres veces al diario. Desde el 28 de mayo de 2003 a 22 de octubre de 2003 otra vez está ofertando en diario, y desde el 23 de octubre de 2003 a 31 de diciembre de 2003 vuelve a ofertar por encima del precio del diario.

Por otro lado, y con relación a las centrales de Escombreras 4 y 5, durante el año 2002 la estrategia de la recurrente es ofertar a diario, mientras que en el año 2003, cuando el precio del mercado diario baja, cambia y oferta a restricciones con unos precios de más del doble que el fijado en el diario para ambas centrales.

OCTAVO.- Acreditada la posición de dominio de la recurrente en el referido mercado, ataca la actora en su siguiente motivo de impugnación la conclusión del TDC de que la misma abusó de esa posición de dominio. Considera la citada parte que en este caso existen dos imputaciones distintas: la formulada por el SDC, en el sentido de que se aplicaron precios abusivos; y la efectuada por el TDC, respecto a que se ofertaron al mercado diario de la energía precios encaminados, no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas.

Para el primer caso, entiende que es necesario, para comprobar el carácter excesivo de las ofertas realizadas por dicha interesada, efectuar una comparación entre los ingresos obtenidos por la misma para la resolución de las restricciones técnicas y los costes en que incurrió para resolverlas. Para el segundo caso, se han de comparar, dado que únicamente constituiría abuso de posición de dominio si se produce en un momento en el que los precios del mercado diario son superiores a los costes de la central que se autoexcluye, los precios del mercado diario con los costes de la central en cuestión, puesto que en caso de que aquellos sean inferiores a éstos se trataría de una conducta legítima consistente en no producir perdiendo dinero. En cualquier caso, considera dicha parte que el TDC no ha acreditado la comisión por la misma de ninguna de esas dos conductas.

Contrariamente a lo alegado por la citada demandante, en este caso lo trascendental, para determinar si se ha producido ese abuso de posición de dominio, es comparar los precios ofertados en los periodos investigados, y objeto de la sanción, con los precios de esos mismos operadores en momentos anteriores, como arriba ya se expuso, con lo que se podrá determinar la independencia de la conducta de la recurrente y su carácter abusivo al ofertar precios por encima del nivel competitivo en un mercado en que ella tenía posición de dominio.

Efectivamente, en los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 de la resolución del TDC, elaborados con base a información del OMEL, se expone una comparación de estrategias y sus resultados en días homogéneos (la misma semana de años consecutivos) en las tres centrales, tanto en la oferta al diario como en la oferta a restricciones, que revelan de forma clara y sin lugar a dudas una actuación de la hoy recurrente concretada en que en un momento determinado (en los periodos sancionados) no generaba en el mercado diario pero sí en el de restricciones técnicas más el intradiario, cobrando precios muy superiores al del mercado competitivo, evidenciando claramente un abuso de su posición de dominio, pues no existían

razones de precios o de previsiones de demanda de energía que justificaran ese cambio de pasar de oferta al diario al de oferta a restricciones: se generó la misma cantidad pero se obtuvieron ingresos muchos mayores .

Con esta conducta de precios en los términos expuestos se conseguiría, al hacer ofertas a un precio más elevado que el precio del mercado diario, que las centrales no generaran en ese mercado y se acudiera al mercado de restricciones técnicas (completado con el mercado intradiario, tal como se expuso en los anteriores fundamentos), obteniendo un precio por la energía generada por esas centrales de la recurrente muy superior (un 40% como mínimo) al del mercado diario, es decir, el que obtienen el resto de las centrales que actúan en el mercado competitivo.

El TDC, por lo tanto, a la hora de determinar esos precios excesivos ofertados por la interesada, ha tenido en cuenta, por un lado, el test que aplicó el SDC, dado que no existía información sobre de los verdaderos costes de funcionamiento de las centrales de generación (ya sea en el mercado diario, ya sea en restricciones), el cual compara las diferencias entre los Costes Variables Revelados (en adelante CVR) y los precios ofertados por los generadores en el mercado diario, los cuales se tienen como el límite máximo de los costes variables porque si optaron por acudir al mercado diario, es porque los precios del diario cubrían sus costes variables; eliminando del cálculo los días que las centrales acudieron al mercado diario. Este Test del SDC refleja unos precios ofertados por la recurrente muy superiores a los CVR. Por otro lado, el segundo test realizado es comparar los precios de oferta de la interesada en los momentos anteriores en que estuvo ofertando en el mercado diario, es decir, cuando su conducta era competitiva.

Frente a dicha acreditación de esos hechos por el TDC, tal como se desprende de los razonamientos recogidos en los anteriores fundamentos, sin embargo la recurrente no articula prueba suficiente que los desvirtúe, la cual, además, no ha aportado los costes de funcionamiento reales, no bastando con meras estimaciones. El propio TDC señala que los informes por dicha interesada aportados en absoluto recogen esos costes reales, y en este proceso no se ha practicado prueba en tal sentido.

En conclusión, y como correctamente resuelve el TDC, de toda la documentación recogida en autos se concluye el abuso de posición de dominio realizado por la actora en los periodos de tiempo a que se refiere tal acto sancionador, al haberse acreditado la delimitación del mercado relevante (Levante-Norte y Levante-Sur), su posición de dominio en ese mercado y la independencia de dicha interesada en su comportamiento, lo que supone cobrar un precio por la energía que generan esas tres centrales en cuestión muy superior al que percibían otros agentes en el mercado competitivo.

NOVENO.- La recurrente igualmente alega como motivo de impugnación la vulneración del principio de culpabilidad, que es aplicable al procedimiento administrativo sancionador tal como lo establece el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Con carácter previo se ha de recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, mantiene la posición de que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del "ius puniendi" del Estado, se rige por los principios del Derecho Penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva, sin culpa. Esta exigencia se encuentra expresamente recogida en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al establecer que "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia".

Efectivamente, el Tribunal Constitucional mantiene que los principios y garantías básicas presentes en el ámbito del derecho penal son aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública (STC 76/1990, de 26 de abril). En esta línea, la STC de 25 de enero de 1999 señala que la potestad sancionadora de la Administración debe ejercitarse en consonancia con las garantías, debidamente atemperadas, reconocidas en el art. 24.1 de la Constitución, en los términos previstos en las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 147/1995 y 45/1997.

En aplicación de dicha doctrina, resulta claro que cuando el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia, esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues se requiere la existencia de dolo o culpa. Por eso, como señala la STS de 18 marzo 2005, recurso 7707/2000, es evidente, "que no podría estimarse cometida una infracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa".

En el presente caso, de los hechos recogidos en la resolución recurrida y que, como arriba se ha expuesto, acreditan la existencia de una conducta tipificable en el artículo 6 de la LDC, se deduce con claridad que la responsable de la misma, en los términos de concurrencia de culpa exigida por la referida normativa administrativa, es la entidad recurrente. Esta, como se aprecia en la información recogida en los cuadros 2.1.2.2 y 2.3 de la resolución recurrida, era quien decidía ese cambio de estrategia, concretado en que un día ofertaba para funcionar en el mercado diario con precio por debajo del de mercado que se generaba esos días, y por otro hacía ofertas para funcionar en el de restricciones técnicas a un precio muy superior al del mercado, lo cual le aseguraba que su central no funcionaría en régimen de diario. Con ello dicha interesada conseguía estar libre para decidir si solucionaba las restricciones técnicas y después completaba su producción en el mercado intradiario, lo que evidentemente le hace culpable de la conducta sancionada, en el mejor de los casos para ella, por negligencia.

DÉCIMO.- La parte recurrente opone, finalmente, que la cuantía de la sanción impuesta es desproporcionada en comparación con otras sanciones impuestas por

el TDC y además, considera, que se aplica un criterio (el 100% del supuesto sobrecoste) que anteriormente no se había utilizado.

Se ha de aclarar en primer lugar que el artículo 10 de la LDC aplicable al caso de autos prescribe:

1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

4. No se impondrán multas por infracción del artículo 1, si se solicitare la autorización prevista en el artículo 4, por las conductas a que se refiere la petición realizadas en el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la decisión sobre la misma. Lo anterior no se aplicará cuando el Tribunal, tras un examen provisional de la solicitud, hubiera adoptado una decisión oponiéndose a la ejecución de los actos que constituyen su objeto.

Se ha de aclarar con carácter previo que el criterio fijado por el TDC para cuantificar la multa en 38.710.349 € ha sido, como se indica en la resolución ahora impugnada, aproximar 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 esas tres plantas, este importe se calcula 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."

En primer lugar se ha de rechazar la tesis de la recurrente de que se podría aplicar la actual Ley de Defensa de la Competencia (15/2007, de 3 de julio) por ser la misma más favorable, ya que en esta norma, a criterio de dicha parte, se distinguen las conductas por su gravedad y obviamente una cantidad como la impuesta, la más grande hasta ahora en el mercado eléctrico español, requeriría que esa conducta fuera muy grave, lo que no se hace en la resolución recurrida.

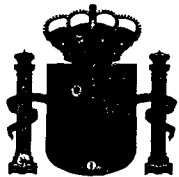
Dicho argumento no es admisible porque en la antigua Ley no se hacía distinciones de las conductas en función de su gravedad, pero en cualquier caso la conducta acreditada de la recurrente podría de acuerdo con la nueva Ley ser calificada como muy grave pues se está haciendo hincapié en todo momento en que en esa zona relevante y en ese período sólo las centrales de la misma podrían resolver en restricciones técnicas, lo que evidencia un existencia de monopolio. Por otro lado, y en el caso de que hipotéticamente con la nueva Ley se pudiera calificar como grave esa conducta (artículo 63), lo cierto es que el TDC no ha superado en la cuantificación el 5% del volumen de negocio de la recurrente.

También se ha de indicar que la actora no acredita que los casos en que afirma que se impusieron sanciones menores sean exactamente iguales que el presente, no debiéndose olvidar que en estos supuestos tan singulares es muy difícil apreciar situaciones idénticas.

Opone, asimismo, la recurrente que la desproporción alegada por la misma tiene su origen en que se ha impuesto la sanción en función del exceso de ingreso cuando debería ser en función de la supuesta ganancia ilícita, criterio este que se fija en el artículo 64.1.f de la nueva Ley. Sin embargo este Tribunal considera que la resolución del TDC, analizada en su conjunto, cuando habla del exceso de ingresos se está refiriendo a exceso de beneficios, que son los obtenidos en el ejercicio de un abuso de posición de dominio en un mercado en que ostenta posición de dominio y que le permite vender su producto (la energía que genera) a un precio muy superior al que conseguiría en el mercado de la libre competencia.

A lo anteriormente expuesto se ha de añadir que, como arriba se ha expuesto, la actora no ha acreditado que los costes de generar energía en fase de restricciones técnicas y luego en fase de intradiario sean superiores a hacerlo en fase de mercado diario. El informe de la SDC señalaba que en ambas estrategias se generó el mismo nivel de energía, incurriéndose en idéntico nivel de coste. En este procedimiento no se ha articulado prueba en tal sentido. Por lo tanto, si los costes en esas dos fases son los mismos, pero los ingresos en una fase en que se ostenta la posición de dominio y se abusa de ella son superiores, es obvio que ese exceso de ingresos existente entre las dos fases son beneficios extraordinarios o beneficios ilícitos.

En definitiva, en este ámbito desarrollado por la resolución del TDC, ese exceso de beneficios arriba expuestos son los citados beneficios ilícitos, lo cual enlaza con el principio de proporcionalidad que se ha de aplicar a la hora de fijar la cuantía de la sanción, es decir, la necesidad de una correlación entre aquel "quantum" y la



gravedad de la conducta, al tiempo que la sanción sea ejemplarizante y evite en lo posible futuras conductas similares; todo ello dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación supletoria al presente caso: "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

Se ha de resaltar, en consonancia con lo expuesto por el TDC, que en el presente caso se está hablando de un plan que produce el encarecimiento del coste de un bien de primera necesidad, como es la energía eléctrica, que es, a la vez, un elemento esencial de la economía, alterándose con ello los aspectos más significativos de la misma (eficiencia productiva, asignativa y la dinámica). Además, esta estrategia, que supone que en restricciones técnicas se eleve injustificadamente los precios del coste de la energía, afecta, igualmente, al precio de casación en el mercado diario, pues lo eleva también; todo lo cual supone evidentemente una clara afectación para el consumidor al verse incrementado el precio final de la energía que consume, ya sea directamente si es un consumidor cualificado, es decir, no sujeto a tarifa, o bien indirectamente a través de un incremento en el denominado déficit de tarifa, y cuya cuantía es reconocida por el regulador a favor de las empresas, déficit, calculado en función de los precios finales de la energía, que luego se traslada finalmente al consumidor.

Por otro lado, en ningún caso la parte actora ha desvirtuado lo expuesto en la resolución recurrida de que las cifras que conforman la suma total de la sanción, según el literal de la parte dispositiva de la resolución arriba expuesta, están alejadas del límite máximo del artículo 10.1 de la LDC aplicable al caso de autos, teniendo en cuenta la cifra total de negocios del Grupo Iberdrola en el año 2.003 (9.488 millones de euros), de la que aproximadamente la mitad corresponde a Iberdrola Generación (la actora), por lo que la suma íntegra de la sanción constituye un 0,4 % de esa cifra de negocios y un 0,8% de la mitad de ésta.

Finalmente, se han de rechazar los argumentos de que se aplique atenuante por concurrencia de simple negligencia pues, a entender de esta Sala, la misma no se ha acreditado, ni tampoco se prevé como tal atenuante en la nueva Ley de Defensa de la Competencia (artículo 64.3). Igualmente, se ha de desestimar la alegación de deficiencias en el marco legal, pues ello, en cualquier caso, no sería óbice para justificar una conducta como la que ha sido objeto de sanción la actora, mas cuando, como arriba se ha expuesto ampliamente, no se acreditan esas supuestas deficiencias legales.

UNDECIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

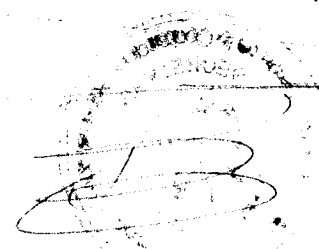
DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por **IBERDROLA GENERACIÓN SA, UNIPERSONAL**, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillen, contra la resolución del TDC de 8 de marzo de 2007, por la que se le declara a dicha parte recurrente incurso en una práctica de abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, se le intima para que en el futuro se abstenga de realizar tales prácticas, se le impone una multa de 38.710.349 € y se le obliga a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de mayor circulación, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la citada resolución recurrida por ser conforme a derecho.

No procede expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10 de Julio de 2005



PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.