

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN EN EL MERCADO ELÉCTRICO: EL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo¹ se pretende abordar el estudio de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado de generación eléctrica, especialmente derivado de la problemática conocida como *restricciones técnicas del mercado*, desde una perspectiva eminentemente jurídica, sin perjuicio del examen de algunos aspectos de índole económica que resultan esenciales para el correcto desarrollo del presente trabajo.

Del mismo modo, será necesario detenerse, si bien de forma general, en el análisis de cómo funciona el marco regulatorio del sector eléctrico donde es susceptible de producirse, por parte de las distintas empresas que operan en el mismo, conductas anticompetitivas de diversa naturaleza, en cuyo caso habrá que dilucidar si la legislación eléctrica da cobertura legal a las mismas o, si bien, por el contrario, caen dentro del ámbito de aplicación de la legislación de competencia.

Para ello, desde una perspectiva metodológica, se va a estructurar este estudio, dedicado a la figura del abuso de posición dominante en el mercado de generación eléctrica, en tres partes: una primera dedicada al estudio de cómo se organiza el mercado o, mejor dicho, los diferentes mercados de la energía eléctrica y qué medidas de regulación impone la legislación eléctrica sobre los mismos (I). A continuación, examinaré desde el prisma del Derecho de la Competencia, los principales rasgos del abuso de posición de dominio y cómo resultan de aplicación al

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El nuevo Derecho Público de la Competencia: su incidencia en la protección de los consumidores» (SEJ 2007-62769).

sector eléctrico (II). Y, finalmente, expondré algunas de las principales resoluciones adoptadas por las autoridades de la competencia en torno al abuso de posición de dominio en el ámbito de las denominadas restricciones técnicas en el mercado de generación, así como de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo (TS) y de la Audiencia Nacional (AN) con el fin de poder poner sobre el tapete los problemas que para el Derecho de la Competencia se derivan de los mercados eléctricos.²

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE), persigue como finalidad esencial la regulación del sistema eléctrico, teniendo sus objetivos dirigidos a garantizar el suministro eléctrico, la calidad del mismo y que, además, se realice al menor coste posible.³ A continuación se establece en su Exposición de Motivos el giro copernicano que dio la presente norma al sistema de regulación administrativa que tradicionalmente se venía desarrollando en el ámbito de la electricidad; dice así:⁴

Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad

2. Entre otras, pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la CNC: Resoluciones TDC 552/02 *Empresas eléctricas*, de 7 de julio de 2004; 602/05 *Viesgo Generación*, de 28 de diciembre de 2006; 601/05 *Iberdrola Castellón*, de 8 de marzo de 2007; Resoluciones CNC 624/07 *Iberdrola*, de 14 de febrero de 2008; 625/07 *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008, y Resolución CNC sobre propuesta de archivo de los exptes. 2600/05 *Empresas sector*, 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *ACECA*, 2773/07 *Iberdrola*, de 28 de julio de 2008.

A su vez, los criterios jurisprudenciales seguidos por la AN y el TS pueden sistematizarse de la siguiente manera, tal y como hace la AN en su sentencia de 23 de marzo de 2010: a) En un primer grupo de sentencias no se entra en el fondo del problema, por apreciar la caducidad del expediente sancionador (Sentencias AN de 3 y 15 de noviembre de 2006 y 23 de mayo de 2007); b) ulteriormente se examina el fondo del asunto y se confirma la resolución sancionadora de la CNC (Sentencia AN de 2 de julio de 2009), y c) se cambia de criterio jurisprudencial por la AN y se anulan las resoluciones sancionadoras de la CNC en aplicación de los criterios jurisprudenciales del TS (Sentencias TS de 27 de enero de 2010 y 28 de enero de 2010).

3. La LSE ha sido objeto de diversas reformas, si bien la más destacable ha sido la llevada a cabo por la Ley 17/2007, de 4 de julio, con el fin de adaptarla a las exigencias de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Sobre esta norma, *cf.*, *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico*, CEU/Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

4. La doctrina ya se había hecho eco de estos cambios, así por ejemplo, E. García de Enterría señalaba que el «cambio de la ordenación del sector que está a la puerta es, pues, espectacular, ninguno parecido en amplitud y trascendencia ha ocurrido, quizás, en todas su historia, desde que hace poco más de cien años empezó la explotación y la consiguiente regulación jurídica de esta fuente de energía», *vid.*, Prólogo al Libro *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, 1988, p. 9; o, por ejemplo, como afirmara J. de la Cruz Ferrer, «La Ley del Sector Eléctrico de 1997 establece un nuevo Derecho de la electricidad: los fines que persigue la ordenación jurídica del sector se mantienen en buena medida, pero las técnicas jurídicas cambian por completo», *vid.*, *La liberalización de los servicios públicos y el Sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid 1999, p. 344. Igualmente, *vid.*, S. Muñoz Machado, «Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia», en *Derecho de la regulación económica. Vol. III Sector Energético*, Iustel, Madrid 2009, p. 23 y ss.

y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional.

La finalidad liberalizadora de la LSE no se limitaba a acotar de forma más severa la intervención del Estado en el sector eléctrico, sino que iba más allá, en la dirección de introducir la libre competencia en el mismo. De este modo, a través de la progresiva segmentación vertical de las diferentes actividades necesarias para lograr el suministro eléctrico se introdujeron cambios sustanciales en la regulación, introduciéndose un nuevo Derecho en este sector: el Derecho de la Competencia, con sus particularidades y sus propios mecanismos jurídicos de intervención que van a desplegar toda su fuerza en el nuevo mercado eléctrico.

Fiel reflejo de esta realidad lo constituye el apartado tercero del art. 1 de la LSE que afirma rotundamente lo siguiente:

Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejercerán de forma coordinada bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia.⁵

No obstante, a pesar de lo expresado en dicho precepto, la entrada del Derecho de la Competencia en este sector regulado no va a producirse de forma total y respecto a todas sus actividades. Por ello, de cara al desarrollo de nuestro estudio, que gira en torno al análisis de una de las conductas anticompetitivas típicas del Derecho de la Competencia como es el abuso de posición de dominio, examinado éste dentro del sector eléctrico, resulta esencial con carácter previo a su examen, determinar cuál es el contexto regulatorio en el que nos movemos en el sector eléctrico.

5. Como señala S. González-Varas, son diversos los ejemplos que a lo largo de la LSE pueden encontrarse, reflejo de estos principios, si bien para un examen sistemático puede diferenciarse un doble ámbito subjetivo: «cuándo la objetividad y la transparencia, especialmente, aunque también el respeto a la libre competencia son principios que han de presidir las decisiones de las autoridades públicas relativas a las distintas actividades eléctricas y cuando estos principios deben presidir la conducta de los agentes que ejercen las distintas actividades». Respecto al primer punto, la LSE es un fiel reflejo de la Directiva 96/62/CE, que establecía dichos principios como criterios básicos de todos los procedimientos administrativos que han de conducir a la obtención de una autorización administrativa dejando, en definitiva, poco margen a la discrecionalidad. Y, respecto al segundo ámbito subjetivo, el de los agentes, la objetividad, la transparencia y la libre competencia, han de presidir necesariamente su actuación, especialmente en un contexto en el que se predica la progresiva liberalización de este sector; *vid.*, «Artículo 2», en *Comentarios a las leyes energéticas*, Tomo I, CEU/Thomson-Civitas, Madrid 2006, p. 77 y ss.

2.1. CARACTERES DEL SECTOR ELÉCTRICO: A VUELTAS ENTRE LA REGULACIÓN Y EL MERCADO LIBRE

La LSE, como puede desprenderse de lo que se acaba de exponer, ha optado por un modelo regulatorio dentro del marco de libre competencia en el que deben desenvolverse sus distintas actividades. Dos son los puntos de tensión entonces que van a manifestarse en el desarrollo del sector eléctrico y que van a ser una constante del mismo: por un lado, la intervención regulatoria en el diseño del sistema eléctrico que deriva de las especificidades propias y características de este sector y, por el otro, la necesidad de garantizar la entrada, así como el progresivo asentamiento de la libre competencia en el sector eléctrico, lo que conllevará, igualmente, la necesidad de velar por la misma por parte de las autoridades de competencia, lo que en numerosas ocasiones producirá fricciones entre unas autoridades y otras.

De todas formas, consciente de los problemas que pueden plantearse debido a la especial estructura de este sector, la LSE distingue entre actividades competitivas de aquellas que no lo son. Así, en el art. 11 de la LSE se establece el siguiente régimen de separación de actividades distinguiendo entre las actividades libres y las reguladas:

- a) La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica;
- b) La comercialización, igualmente, se ejercerá libremente y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes;
- c) Por el contrario, la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a las previsiones de la LSE.

Esta metodología de separación de actividades tiene una segunda manifestación que afecta especialmente a la estructura empresarial del sector eléctrico. Esta modalidad de separación es una medida de fomento de la competencia por cuanto las empresas que prestan sus servicios en el mercado eléctrico se encuentran, en líneas generales, fuertemente concentradas. Pueden distinguirse tres modalidades de separación, siguiendo a J. C. HERNÁNDEZ:⁶

- a) *Separación jurídica* entre actividades reguladas y competitivas, si bien la propia LSE permite que sean ejercidas por el mismo grupo empresarial bajo personalidades jurídicas distintas;⁷

6. Vid., *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, p. 92 y ss.

7. Este modelo ha sido apoyado por la CNE, que ha mostrado su conformidad respecto a la unificación de las

- b) *Separación accionarial* respecto a las entidades encargadas de operar el mercado y el sistema, prohibiendo las participaciones accionariales cruzadas entre ellos, así como limitando la participación accionarial directa o indirecta de las empresas, así como del Estado;
- c) *Separación contable* para las distintas actividades que integran el sector, de tal manera que se garantiza de este modo la transparencia en el mismo.⁸

Estos elementos estructurales del mercado eléctrico van a tener una incidencia fundamental a la hora de que las autoridades de competencia, especialmente las nacionales, puedan controlar y supervisar que en este mercado se cumplen las normas relativas al Derecho de la Competencia, concretamente los art. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En las siguientes páginas vamos a abordar la estructura que define el mercado de electricidad, especialmente en lo relacionado con las actividades libres –generación y comercialización–, ya que van a ser en éstas donde el Derecho de la Competencia sea de plena aplicación a las empresas que prestan sus servicios en dichos ámbitos.

2.2. EL MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA

La liberalización del sector eléctrico que supuso la promulgación de la LSE conllevó que la generación de energía eléctrica, obtenida mediante una explotación unificada y centralidad de las unidades de generación con la anterior regulación pasase a ser producida en un régimen de libre concurrencia donde los operadores tradicionales ofertasen sus centrales de generación al mercado mayorista de generación eléctrica, en el que, además de otro tipo de oferentes de energía eléctrica, tales como los productores en régimen especial, los importadores o los operadores de contratos bilaterales, concudiesen también los demandantes de dicha energía, tales como las distribuidoras que luego venden al consumidor final a tarifa, los comercializadores, que venden al consumidor final a un precio libremente pactado entre las partes, los exportadores y los clientes cualificados. Por lo tanto, hasta aquí se trataría de un mercado como cualquier otro en el que concurren la oferta y la

actividades liberalizadas, incluso en una misma unidad de negocio, tal y como lo estableció en su Informe 84/00 sobre el Proyecto de Concentración *Endesa/Iberdrola* de 28 de noviembre de 2000.

8. En la actualidad se plantea la necesidad de incrementar y reforzar la línea hacia la separación de actividades puesto que esta forma de separación no se ha mostrado lo eficaz que debería en la consecución de los objetivos propuestos por las autoridades comunitarias para el mercado único de la energía, ya que determinados grupos empresariales integrados verticalmente están impidiendo con su comportamiento abusivo un mayor desarrollo de la competencia en el sector eléctrico; sobre este punto, *vid.*, A. J. Sánchez Rodríguez, «La separación de actividades en la Ley 17/2007 por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad», en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, CEU-Thomson-Civitas, Madrid 2007, p. 75 y ss.

demanda y se desarrollan las correspondientes transacciones al precio resultante de la concurrencia de ambas.⁹

Sin embargo, un producto como la energía eléctrica tiene unas particularidades que demandan un tratamiento diferenciado. Al tratarse de un bien totalmente homogéneo, que debe transportarse por una red específica, que no puede almacenarse y que, por lo tanto, la producción en cada momento debe igualarse a la demanda, se requiere, a diferencia de otros productos, para el buen funcionamiento de este mercado, un sistema más complejo de organización de la oferta y la demanda.¹⁰ La repercusión que tiene una interrupción, aunque sea mínima, de suministro de energía eléctrica tiene unas consecuencias de mayor gravedad que una interrupción del suministro de gas natural, del que pueden existir reservas almacenadas para garantizar el suministro. En consecuencia, toda la oferta y la demanda de energía deben concurrir, para su correcta gestión, en un mismo espacio virtual, que es el del operador del mercado y el operador del sistema. Operadores que desarrollan las funciones necesarias para que ese mercado virtual permita la viabilidad y materialización física de los resultados del mismo.

De este modo, el mercado español de electricidad es un mercado regulado y organizado, en el que vendedores y compradores no realizan sus transacciones recíprocas de forma directa, sino a través del sistema institucional previsto, tal y como lo recoge el art. 23.1 de la LSE que dispone:

Los productores de energía eléctrica efectuarán ofertas económicas de venta de energía, a través del operador del mercado, por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares, bien físicas o en cartera, cuando no se hayan acogido a sistemas de contratación bilateral o a plazo que por sus características queden excluidos del sistema de ofertas.

El mercado de generación consta de los siguientes elementos:

- i) El denominado *pool eléctrico*, que es el espacio virtual en el que concurren la oferta y la demanda;
- ii) los operadores del mercado, que son dos sociedades privadas legalmente responsables de la gestión del mercado: el operador del mercado (OMEL) responsable de la gestión económica, y el operador de la gestión técnica (REE);
- iii) los vendedores;
- iv) los compradores.

9. Vid., J. M. de la Cuétara Martínez. 2007. «Funcionamiento del mercado eléctrico en un entorno liberalizado», en *El sector eléctrico en España*, p. 63 y ss.. Granada: Comares.

10. Sobre este punto vid., J. Fabra Utray. 2004. *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, p. 75 y ss. Madrid: Marcial Pons.

En este tipo de mercado los vendedores son:

- i) los productores de electricidad;
- ii) los comercializadores de electricidad;
- iii) los importadores de electricidad.

A su vez, los compradores están integrados por:

- i) los distribuidores de electricidad;
- ii) los comercializadores de electricidad;
- iii) los exportadores de electricidad;
- iv) los consumidores.

El denominado «mercado organizado», esto es, el *pool* eléctrico, se estructura mediante sesiones de mercado diario, en las que cada productor debe realizar sus ofertas para el día siguiente, diferenciando precio y cantidad que ofrece para cada hora y unidad de generación. Es decir, cada productor debe presentar diariamente al *pool* una oferta, en términos de precio y cantidad, para cada franja horaria del día siguiente.

La curva de oferta agregada del mercado la construye el gestor económico del sistema, OMEL, sumando todas esas ofertas ordenadamente según precios crecientes, es decir, poniendo en primer lugar la de menor precio y agregando sucesivamente las de precios ordenadamente crecientes. La curva de demanda agregada, por su parte, se construye añadiendo ordenadamente las diferentes demandas presentadas, también con especificación horaria de precio y cantidad. Con esta información, OMEL diariamente casa la oferta y la demanda de cada una de las horas del día siguiente. El precio para cada hora del día será único e igual al marginal; esto es, al de la oferta procedente de la última unidad de producción que resulte necesaria para atender la demanda, de las de la lista agregada formada la víspera conforme al procedimiento descrito. El precio formado de la forma en la que se acaba de señalar es el que deben pagar todos los compradores y han de recibir todos los vendedores.

Este proceso de casación expuesto del mercado diario se ve modificado después de la manera siguiente. El gestor técnico del sistema, REE, suma al resultado de la descrita casación del mercado diario la cantidad de energía correspondiente a los contratos bilaterales nacionales y los internacionales por él descritos. El resultado final se denomina «Programa Diario Base de Funcionamiento» (PDBF).

Una vez realizado el PDBF, REE evalúa su viabilidad técnica para comprobar si realmente puede llevarse a cabo en la práctica en condiciones técnicamente posibles y de seguridad garantizada. Si el PDBF, es decir, el resultado de la casación del mercado diario más las aportaciones de los contratos bilaterales, no respeta la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos o los requisitos de

seguridad, aparecen las denominadas «restricciones técnicas»,¹¹ para cuya solución se pone en marcha un procedimiento conjunto entre OMEL y REE, el cual modifica las compras o ventas previstas que provocan el exceso de intercambio en la interconexión, y asigna la energía correspondiente a otras unidades de producción distintas. En consecuencia, se procede a alterar el PDBF para obtener el denominado «Programa Diario Viable» (PDV).

El procedimiento de resolución de las restricciones técnicas se desarrolla de la siguiente manera. Si el PDBF es físicamente irrealizable, por problemas de congestión de redes de transporte a causa de desequilibrios entre consumo y producción en una determinada zona, los operadores –OMEL y REE– deberán proceder a modificar la asignación de energía de las unidades de producción del PDBF y establecerán que se retiren de la casación ciertas ofertas y entre otras según un orden de precedencia económica que se establece conforme al siguiente modo: se designan las unidades que deban aumentar su producción, empezando por las más baratas y terminando por las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y las que deban disminuir su producción, retirando en primer lugar las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y, ordenadamente, en orden descendente de precios, las restantes.

La retribución de las unidades se ve implicada en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas se determina del modo siguiente:

- i) Para las unidades de producción retiradas, se realiza una rectificación de su anotación en cuenta del mercado diario, calculada como el producto de la energía retirada por el precio marginal correspondiente;
- ii) La retribución de las unidades que producen para resolver restricciones técnicas se fijan, en lugar del precio marginal, por el precio de su oferta al mercado diario o por el de la oferta que implique una mejor retribución si hubiera hecho varias.

11. Las restricciones técnicas son definidas en el art. 12 del RD 2019/1997, de 26 de marzo, según la nueva redacción dada por el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, que dice así: «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 de aquél, determinará las restricciones técnicas que pudieran afectar a su ejecución, así como las necesidades de servicios complementarios a que diera lugar. A los efectos de este real decreto, se entenderá *por restricción técnica cualquier circunstancia o incidencia derivada de la situación de la red de transporte o del sistema que, por afectar a las condiciones de seguridad, calidad y fiabilidad del suministro establecidas reglamentariamente y a través de los correspondientes procedimientos de operación, requiera, a criterio técnico del operador del sistema, la modificación de los programas*. 2. Los procedimientos de resolución de restricciones técnicas podrán comportar la retirada de ofertas previstas en los programas, así como la modificación de los programas con base en otras ofertas, en los términos que se establezcan por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio. 3. El programa resultante de la resolución de restricciones técnicas y del resultado del mercado de servicios complementarios a que se refiere el artículo 14 se denominará programa diario viable y será comunicado por el operador del sistema al operador del mercado y a los agentes que actúen en este en el plazo que se establezca en las normas de funcionamiento del mercado».

Este marco regulatorio ha sufrido algunos cambios como consecuencia del RD 2351/2004, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico en el que se introduce un cambio que consiste en que los agentes realizan ofertas por separado al mercado diario y al mercado de resolución de restricciones técnicas, con la finalidad de hacer más transparente la estrategia seguida por los operadores a la hora de ofertar su producto, si bien no impide que si éstos hacen idénticas ofertas a los dos mercados se consiga el mismo efecto que con una sola, es decir, la retirada de la capacidad del diario, la reserva de esa capacidad para resolver la restricción técnica, la obtención del mayor ingreso en el mercado de restricciones técnicas y la alteración del precio del mercado diario al forzar la entrada de una central más ineficiente y, por lo tanto, de mayor coste marginal.

Es en este contexto técnico y económico de funcionamiento del mercado mayorista de la electricidad en el que se han desarrollado diversos asuntos de abuso de posición de dominio por parte de algunas empresas generadoras de electricidad, como tendremos ocasión de examinar en páginas ulteriores.

3. ASPECTOS GENERALES DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y SU REFLEJO EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Dos son los preceptos que con carácter general regulan la figura del abuso de posición de dominio. El art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el art. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

La dicción literal del primer párrafo del art. 102 del TFUE prevé lo siguiente:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

A su vez, el art 2.1 de la LDC dispone:

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

De una primera lectura de estos dos preceptos pueden desprenderse dos comentarios iniciales. Por un lado, no se define qué es lo que debe quedar comprendido bajo los términos posición dominante. Por el otro, no se castiga la posición de dominio en cuanto tal, sino tan sólo el abuso de la misma y cuando el mismo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, como examinaré en los apartados siguientes.

Estos dos preceptos se aplican a las denominadas conductas unilaterales, si bien no debe excluirse la variable de que varias empresas puedan encontrarse involucradas de forma simultánea en una conductas abusiva –abuso de posición dominante colectiva–, imputables a aquellas empresas que gozan de un poder de mercado significativo, como suele ocurrir en el sector eléctrico, que tienen un efecto negativo sobre la competencia. De este modo se pretende evitar que determinadas prácticas puedan provocar un daño mayor a los consumidores del que podría derivarse de la existencia de una posición dominante. Resulta claro que una empresa que disfruta de un poder significativo de mercado se encuentra en condiciones de perjudicar a los consumidores de un determinado producto o servicio de dos formas: directamente, a través de la imposición de precios supracompetitivos o de una limitación unilateral de la producción, o indirectamente, por medio de la exclusión de sus competidores actuales o potenciales.

Puede afirmarse que el abuso de posición de dominio es una figura controvertida, de difícil y compleja aplicación en la práctica. El hecho fáctico de que una determinada empresa goce de un poder de mercado significativo no es por sí solo condenable. Puesto que el objetivo de la legislación de competencia es el de promover el esfuerzo de las empresas para atraer a los consumidores con mejores precios o la prestación de servicios más competitivos, el tener una posición dominante en el mercado puede interpretarse como una recompensa al esfuerzo realizado por la misma por ocupar dicha posición, por lo que sancionar a la misma por este hecho resultaría paradójico. Igualmente, podría argumentarse que puede ser discutible sancionar los esfuerzos de una empresa por seguir incrementando su cuota de mercado una vez ha alcanzado una posición dominante, aunque esto conlleve la exclusión de los competidores del mercado. Puede originarse de esta forma un cierto riesgo de penalizar a aquellas empresas que saben responder más eficazmente a las demandas de los consumidores, lo que sería contrario al buen funcionamiento del mercado.

No obstante, debe tenerse presente que cuando una determinada empresa disfruta de un poder de mercado significativo los incentivos para competir en el mercado pueden disminuir y ello puede conllevar la realización de determinadas prácticas comerciales destinadas a incrementar o mantener su cuota de mercado ante el empuje de sus competidores. Así, por ejemplo, si una empresa en posición de dominio rebaja sistemáticamente los precios de sus productos cada vez que un nuevo competidor amenaza o pone en riesgo su situación, puede estar buscando con ello enviar un mensaje a los competidores potenciales, que pueden terminar por renunciar a entrar en dicho mercado. De este modo a largo plazo, la empresa en posición dominante carecerá de incentivos para bajar sus precios al saber que no existe ninguna empresa en condiciones de competir con ella.

Por lo tanto, a la hora de aplicar el art. 102 TFUE y el art. 2 LDC, el problema surge a raíz de la labor que deben realizar las autoridades de competencia en distinguir aquellos esfuerzos legítimos de las empresas en posición dominante destinados a aumentar o mantener su cuota de mercado de aquellas prácticas abusivas

que reducen los incentivos para competir y, en consecuencia, pueden perjudicar a los consumidores en el medio-largo plazo. En la actualidad, conviven dos estándares de aplicación del art. 102 TFUE y del art. 2 LDC: uno formalista y jurídico que es el establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal General (TG) –antiguo Tribunal de Primera Instancia–, en su empeño de garantizar unos mínimos de seguridad jurídica en este ámbito, y otro fundamentado en criterios eminentemente económicos, más apegado a la realidad del mercado, si bien con menos garantías desde el enfoque de la seguridad jurídica.

3.1. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El concepto de posición de dominio es una pieza clave en cualquier sistema de defensa de la competencia europeo, ya que constituye una condición previa para poder establecer la existencia de abuso. A su vez, la influencia de este concepto ha desbordado el ámbito de la legislación de competencia y ha invadido el terreno regulatorio para delimitar qué operadores deben encontrarse sujetos a obligaciones especiales.¹²

Sin embargo, y a pesar de la importancia que tiene este concepto, no se encuentra una definición de la posición de dominio ni en la legislación comunitaria ni en la legislación nacional de competencia, sino que para delimitar los contornos del mismo resulta necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE, así como a las diversas resoluciones de las autoridades nacionales de competencia.

Desde la ya clásica sentencia del TJUE en el asunto *United Brands c. Comisión*¹³ la posición de dominio se define como

Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia

12. Debe advertirse que desde la perspectiva de regulación eléctrica, cuya supervisión corresponde a la Comisión Nacional de Energía (CNE), ésta ha aprobado la Resolución de 25 de abril de 2007, por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos. En este sentido, parecería evidente que estos criterios para determinar los operadores dominantes deberían servir de base a las autoridades de competencia para determinar si una empresa energética se encuentra o no en posición de dominio, con independencia de que pudieran emplear adicionalmente otros distintos. Sin embargo, la realidad no es así y estas determinaciones de la CNE sobre la posición de dominio de algunos operadores energéticos no tienen ninguna relevancia práctica para la intervención de las autoridades de competencia que utilizan otros campos de análisis de la posición dominante.

13. Caso 27/76, de 14 de febrero de 1978.

Como se estableció anteriormente en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, no resulta necesario que una empresa se encuentre en una situación de monopolio en un mercado para que el art. 82 TCE pueda resultar de aplicación. En este sentido el TJCE precisó lo siguiente: «La posición de dominio definida de esta forma no impide el desarrollo de una cierta competencia, como sería el caso en una situación de monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de la misma si no determinar, sí al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrollará dicha competencia y, en cualquier caso, actuar en gran medida sin tenerla en consideración».

efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores

En parecidos términos ha sido delimitada por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (en la actualidad la referencia se entiende realizada a la CNC) en el asunto *Tecnotron*¹⁴ en el que se asimila la concepción comunitaria de posición dominante señalando al respecto:

La existencia de una posición de dominio es fundamentalmente una cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia (...). La posición de dominio de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia.

Estas definiciones comprenden los dos elementos definitorios de la conducta: por un lado, la independencia de comportamiento respecto de los competidores, proveedores y consumidores; y, de otro, la capacidad de eliminar la competencia efectiva.

Respecto al primer elemento, la pregunta gira en torno a la cuestión siguiente: ¿qué quiere decir comportarse independientemente? La CNC alude en sus resoluciones a la capacidad de ofertar en el mercado un *output* en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. Así, lo recordaba el TDC en el asunto *Bacardí* al señalar que

El Tribunal coincide con la denunciada en que Bacardí no tiene una posición de dominio en el mercado, pero no por el motivo que ella esgrime, consistente en considerar que el mercado de relevancia es el más amplio de las bebidas alcohólicas combinables, asunto sobre el que el tribunal estima que no cabe un pronunciamiento definitivo con la información que obra en

14. Resolución del TDC de 3 de febrero de 1992, expte. A 16/91. En términos análogos se expresa en el asunto *Electra Avellana*, de 7 de julio de 1999, expte. 441/98 señalando: «El término posición de dominio hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Así, la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en poder económico e independencia de comportamiento. Por eso, se dice de un operador económico que disfruta de una posición de dominio en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar, modificando en su provecho el precio u otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes».

el expediente, sino porque, sea cual sea el mercado relevante (el de ron o el de bebidas combinables), no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes.¹⁵

Por lo tanto, el comportamiento independiente requiere que lo sea en un grado suficiente y, además, obstaculice el desarrollo de la competencia efectiva, es decir, impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio. Al señalar que se tenga una independencia de comportamiento suficiente se está pidiendo que los operadores para ser dominantes tengan un poder de mercado grande y estable. De este modo, se pretende minimizar el riesgo de cometer errores por calificar de dominantes a operadores que realmente pueden ver restringido su comportamiento en un cierto plazo de tiempo por la acción de la competencia, presente o potencial.

Por otro lado, respecto a la capacidad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva, esta referencia ha sido objeto de crítica por los economistas, ya que plantea problemas con aquellas situaciones donde el grado de concentración en el mercado es grande o se incrementa, pero pese a ello el resultado es eficiente y/o un mayor número de competidores no aseguraría más ventajas para los consumidores. Sería más lógico, como expresan I. GUTIÉRREZ y J. PADILLA, «establecer que la independencia de comportamiento sea suficiente para estar en condiciones de reducir el bienestar de los consumidores. Esta delimitación sería (...) más acorde con el objetivo último de la Ley y más racional desde el punto de vista económico, lo que favorecería el desarrollo de test sustantivos más claros y consistentes»¹⁶.

3.1.1. Posición de dominio individual

Tanto el art. 102 TFUE como el art. 2 LDC prohíben el abuso de posición dominante cometido por *una o varias empresas*. De este modo, la posición de dominio no sólo se ostenta en función de la posición individual de una empresa en el mercado, sino también en base a su posible coordinación con otras empresas presentes en el mismo mercado o bien en mercados conexos.

La posición de dominio individual, es la concepción clásica y tradicional del concepto de posición de dominio, cuya definición ha sido delimitada de acuerdo

15. Resolución de 30 de septiembre de 1999, expte. R 362/99.

16. *Vid.*, «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio», en *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons/Fundación Rafael del Pino, Madrid 2006, p. 19. Igualmente, *vid.* R. O'donoghue y A. J. Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 108 y ss.

con la jurisprudencia del TJUE, como se ha examinado en el epígrafe anterior.

A efectos de determinar si existe una posición dominante, hay que definir en primer lugar cuál es el mercado de referencia en el que la conducta de la empresa tiene lugar. Los elementos de examen del mercado relevante en este ámbito son los mismos que se emplean para determinar el marco de las conductas colusorias y, muy especialmente, en el marco de las operaciones de control de concentraciones empresariales, a la que se recurre con la finalidad de poder establecer si una operación en concreto obstaculiza la competencia efectiva, creando o reforzando una posición de dominio.

Este no es el único elemento que debe ser objeto de examen, puesto que para determinar de modo eficaz si una empresa ostenta una posición dominante en un mercado determinado, es necesario estudiar el poder de mercado de la misma, esto es, su cuota de mercado. Por tanto, la delimitación de la cuota de mercado sirve como punto de partida para todo examen del art. 102 TFUE y 2 LDC, ya que proporcionan los primeros indicios útiles de la estructura del mercado y de la importancia competitiva de las empresas activas en el mismo. El estudio de estos aspectos será objeto de análisis en los apartados siguientes.

3.1.2. Posición de dominio colectiva

La posibilidad prevista en el Derecho comunitario y en el Derecho nacional de que varias empresas puedan incurrir conjuntamente en una conducta anticompetitiva contraria al art 102 TFUE y 2 LDC, respectivamente, ha conllevado la necesidad de delimitar de forma nítida el abuso de la posición de dominio colectiva como un tipo de infracción diferente al del abuso de posición de dominio individual y de los acuerdos restrictivos de la competencia previstos en el art. 101 TFUE y 1 LDC.

Los perfiles del concepto de posición de dominio colectiva se han delimitado vía jurisprudencial comunitaria. En este sentido, el TPI confirmó por primera vez la posibilidad de ejercer posición de dominio colectiva en el asunto *Vidrio Plano Italiano*¹⁷ al señalar:

Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus cliente y, finalmente, sus consumidores.

17. STPI de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/69 y T-77/89.

La definición básica de posición de dominio colectiva fue establecida, a su vez, por el TJUE en su sentencia *Gencor*¹⁸ que dice así:

la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar sus comportamientos en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

Como puede observarse el TJUE ha establecido como elemento fundamental de la posición de dominio colectiva el concepto de interdependencia entre empresas. En este sentido, la interdependencia implica la existencia de una consciencia compartida de los operadores en el mercado respecto a la posición comercial de los competidores. Así, es la interdependencia entre los agentes de un mercado oligopolístico y la conciencia de esta interdependencia lo que les conduce a alinear su conducta en el mercado de modo que puedan obtener beneficios supracompetitivos. Como señaló el TJUE en el asunto *Compagnie Maritime Belge*, el elemento determinante que permite inferir la existencia de una posición de dominio colectiva es el hecho de que dos o más empresas

desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva.

Igualmente, como advierten J. FOLGUERA y B. MARTÍNEZ, es importante tener presente que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial comunitaria, el concepto de dominancia colectiva exige descartar la existencia de cualquier acuerdo de voluntades entre los miembros de un oligopolio con la finalidad de alinear su comportamiento comercial.¹⁹ En la medida en que un acuerdo de este tipo, expreso o tácito, puede ser demostrado, la conducta anticompetitiva no constituiría una infracción del art. 102 TFUE o 2 de la LDC, sino una infracción de la prohibición

18. STPI de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96, *Gencor c. Comisión*.

19. *Vid.*, «La posición de dominio colectiva: estado actual de un larga evolución», en *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons/Fundación Rafael del Pino, Madrid 2006, p. 77.

de acuerdos anticompetitivos entre empresas y quedaría, por lo tanto, bajo el paraguas del art. 101 TFUE o del art. 1 LDC.

Respecto a las condiciones que conducen a que dos o más empresas actúen en un mercado como una entidad colectiva en ausencia de vínculos estructurales fueron descritas por el TG en el asunto *Airtours*,²⁰ que tenía como objeto una operación de control de concentraciones. En primer lugar, el TG exigió la transparencia en el mercado de referencia, de tal forma que los miembros del oligopolio puedan conocer el comportamiento de sus competidores; en segundo lugar, los miembros del oligopolio no deben estar en condiciones de poder desviarse de la línea de acción común, debido a la existencia de mecanismos de castigo y, en tercer lugar, ni la competencia potencial, ni los clientes, deben estar en condiciones de alterar la línea de acción común.

Si bien como se ha dicho el asunto *Airtours* tuvo lugar en sede de control de concentraciones, el TG en su sentencia *Laurent Piau*, declaró que las condiciones descritas en el asunto anterior eran plenamente aplicables dentro del contexto del art. 102 TFUE.²¹

Esta delimitación del concepto de posición de dominio colectiva establecida por la jurisprudencia comunitaria ha sido seguida en términos parecidos por las autoridades de competencia españolas, si bien se muestran algunas particularidades, especialmente en el ámbito de la energía. Así, por ejemplo, el TDC en el asunto *Electra Caldense*²² declaró que dos empresas pertenecientes al mismo grupo económico, en concreto, las eléctricas ENHER e Hidroeléctrica de Cataluña, ambas filiales de Endesa, ostentaban una posición de dominio conjunta en el mercado de suministro de energía eléctrica de la localidad de Caldes de Montbui. En este punto concreto, el TDC se desvió de manera ostensible de la jurisprudencia comunitaria examinada, toda vez que en ésta la posición de dominio colectiva se ha predicado respecto de dos o más empresas independientes entre sí, de manera que las entidades que pertenezcan a un mismo grupo empresarial se considerarán una misma empresa. De hecho, el propio TDC ha establecido en diversas resoluciones, como en los asuntos *Eléctrica del Llémana*²³ o *Eléctrica Curós*²⁴ en las que se consideran que todas las empresas que pertenezcan al mismo grupo que la empresa en causa, en la medida en que todas ellas se encuentren sometidas a una unidad de dirección y constituyan una unidad económica, se trata de posiciones de dominio individuales y no colectivas.

Como puede observarse, el TDC mantuvo una línea distinta en estos asuntos examinados encuadrados dentro del abuso de posición de dominio. Ha sido en el

20. STPI, de 6 de junio de 2002, T-342/99, *Airtours c. Comisión*.

21. STPI, de 26 de enero de 2005, T-193/02, *Laurent Piau c. Comisión*.

22. Resolución del TDC de 19 de febrero de 1999, expte. 427/98.

23. Resolución del TDC de 29 de septiembre de 1999, expte.442/98.

24. Resolución del TDC de 5 de mayo de 1999, expte. 431/98.

ámbito de las concentraciones empresariales donde la CNC, así como la CNE, han examinado en un importante número de ocasiones la existencia de una posición de dominio colectivo en el sector energético. En los informes de la CNC y de la DI, han centrado su atención muy especialmente en la estructura oligopolística del mercado a la hora de pronunciarse sobre la compatibilidad de las operaciones de concentración analizadas.²⁵

En el siguiente caso en el que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la posición de dominio colectiva fue en el asunto *Azúcar*, en el que, pese a que el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (en la actualidad Dirección de Investigación) consideraba que las sociedades imputadas ostentaban una posición de dominio colectiva, el TDC evitó manifestarse sobre el tema al considerar que no existían pruebas del abuso. El SDC había argumentado su imputación en los siguientes indicios: a) el carácter oligopolístico del mercado; b) los frecuentes contactos entre los miembros del oligopolio y su actuación paralela o coordinada en numerosas ocasiones, y c) la existencia de identidad de intereses respecto de las autoridades agrícolas españolas y comunitarias.

Un avance en la doctrina del TDC en este ámbito fue el asunto *Autoescuelas de Alcalá*, dónde se admitió la posible existencia de dominancia colectiva en mercados no oligopolísticos, siempre y cuando exista un elemento estructural de unión entre la mayoría de los competidores (en este caso una asociación empresarial) que garantice un comportamiento paralelo o coordinado entre todos ellos.

Finalmente, en el caso *Agencias de Viaje*, el TDC, si bien se abstuvo de entrar a conocer la existencia de posición de dominio colectiva por aplicación del principio de no aplicabilidad concurrente de los art. 1 y 2 de la LDC, señaló lo siguiente:

En este caso podría haberse dado la situación de posición dominante colectiva por agrupación de las cuatro y la conexión a través de los pactos de no competencia con otros competidores posibles. Todo ello en tanto en cuanto tendrían independencia de comportamiento suficiente como para poder actuar, a través de Mundosocial, sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. Podría haber lazos de unión suficientes que les permitiera a todas ellas actuar al unísono respecto a determinados elementos de competencia en el concurso perdiendo toda su autonomía individual. Le resultaría muy difícil, además, a un nuevo entrante en dicho mercado acceder al concurso.

25. *Vid.*, Informe del TDC C 54/00, de 17 de mayo de 2000, *FENOSA/Hidroeléctrica del Cantábrico*, y el Informe C 60/00, de 19 de enero de 2001, *Endesa/Iberdrola*. El concepto de oligopolio también ha sido empujado por la CNE a la hora de examinar concentraciones en el sector eléctrico. Así, por ejemplo, en el Informe sobre el Proyecto de concentración consistente en la fusión de Endesa e Iberdrola (aprobado por la CNE el 28 de noviembre de 200), la CNE consideró la estructura oligopolística del mercado como uno de los elementos más importantes a la hora de valorar la operación.

3.1.3. Presunciones determinantes de la posición de dominio

Un aspecto importante en la aplicación de los art. 102 TFUE y 2 LDC de cara a poder comprobar si una empresa tiene posición de dominio o no, gira en torno a la delimitación del mercado de referencia en el que la conducta de la empresa tiene lugar.

De este modo, lo que las autoridades de competencia vienen tradicionalmente utilizando para llevar a cabo esta tarea es delimitar la denominada cuota de mercado, que funciona a modo de *proxies* para la determinación de la existencia de la posición de dominio. Las cuotas de mercado son un *proxy* adecuado puesto que la información a ellas referidas es sencilla de obtener y de interpretar.²⁶ No obstante, el examen llevado a cabo sobre la sola estimación de las cuotas de mercado puede conducir a soluciones que no sean defendibles desde una perspectiva estrictamente económica, por lo que tales resultados deben someterse a la cautela de la verificación de la existencia de una argumentación alternativa.²⁷

El TJUE en su sentencia *Hoffman-La Roche*,²⁸ precisó que la existencia de elevadas cuotas de mercado resultan altamente significativas, si bien su importancia puede variar de mercado en mercado según la estructura de éstos. Cuotas extremadamente altas constituyen en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. En este asunto, el Tribunal señaló que cuotas de mercado que alcanzan o superan el 80 por 100 constituyen por sí mismas prueba de la existencia de una posición dominante.

Por su parte, en la sentencia *Akzo III*,²⁹ el TJUE señaló que cuando una cuota de mercado supere el 50 por 100, salvo en circunstancias excepcionales, existe una presunción de la existencia de una posición dominante en un mercado. En este supuesto, la empresa tiene la obligación de probar que dicha cuota no es un indicador válido de la existencia de una posición dominante.³⁰

En presencia de cuotas inferiores al 50 por 100, no puede descartarse la existencia de una posición dominante, si bien en tal caso será necesario tomar en consideración otros factores, como el número y la importancia relativa de las empresas competidoras, así como la existencia de barreras que imposibiliten o dificulten nuevas entradas en el mercado. De esta manera, cuanto más numerosos, más débiles y, en consecuencia, menor sea su cuota de mercado, menos importante debe ser ésta para considerar que la empresa que la ostenta se encuentra en una

26. *Vid.*, C. Donroso, «Artículo 2», en *Derecho español de la competencia*, Tomo I, Bosch, Madrid 2008, p. 140.

27. Una crítica sobre este aspecto puede encontrarse en I. Gutierrez y J. Padilla, «Una racionalización económica...», *op. cit.*, p. 20 y ss.

28. STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión*.

29. STJCE de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *Akzo Chemie BV c. Comisión*.

30. Se ha acuñado un concepto de *superdominancia*, cuando se presenten elevadas cuotas de mercado –por encima del 75 por 100–. Así lo han señalado el TJCE y el TPI en algunas de sus sentencias como en el asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche* de 13 de febrero de 1979, y T- 228/97 *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999. Recientemente, lo ha hecho el TPI en su sentencia T-201/04 *Microsoft* de 17 de septiembre de 2007.

posición dominante. En este sentido, el TPI en el asunto *British airways*,³¹ en donde las cuotas de mercado estaban en torno al 40 por 100 —e incluso por debajo de esta cifra—, han sido consideradas suficientes para determinar la existencia de una posición de dominio.

Por otro lado, debe señalarse que la posición de dominio no se encuentra relacionada con el tamaño en términos absolutos de una empresa y, sin embargo, tiene una estrecha relación con la posición relativa de esa empresa en un mercado determinado. Así, empresas con cuotas significativas, que pudieran en principio suponer que se encuentran exentas de cualquier reprobación en base a los art. 102 TFUE y 2 LDC pueden encontrarse bajo el ámbito de aplicación de los mismos. En este sentido, el TDC estableció en el asunto *Viesgo Generación*,³² la existencia de una posición de dominio y el consiguiente abuso de la misma por parte de Riesgo, una empresa que tan sólo contaba con el 15 por 100 de cuota de mercado, y ello porque las particularidades del mercado, en este caso el de restricciones técnicas en la generación de electricidad, hacían de dicha empresa un operador imprescindible.

Por lo tanto, si bien las cuotas de mercado constituyen un instrumento útil de cara a determinar la existencia de una posición de dominio de una determinada empresa, éste no tiene carácter definitivo. Ello es así, en primer lugar, debido a que sólo las cuotas de mercado estables y relativamente duraderas son relevantes para el análisis de una posición dominante. Así, cuotas de mercado elevadas pero volátiles no podrán ser, por sí mismas, prueba suficiente de la existencia de posición de dominio. El motivo que justifica tal aseveración es que en un mercado con bajas barreras de entrada o expansión, la posición de un operador del que pudiera presumirse que ostenta posición de dominio en atención a sus cuotas de mercado está en una situación de franca expugnabilidad respecto de sus competidores. Ello lleva a la conclusión de que el poder de mercado que no se ejerza durante un periodo considerable de tiempo no constituye posición de dominio.

De la jurisprudencia del TJUE y TG puede inferirse que periodos de tres años o superiores son relevantes, si bien no se ha establecido un periodo mínimo de tiempo, ni un límite de variación, que permita considerar una cuota de mercado relevante a efectos del establecimiento de una posición de dominio.³³

31. STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, *British Airways c. Comisión*.

32. Resolución de 28 de diciembre de 2006, expte. 602/05.

33. Así en la STJCE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, asunto 85/76, en el que los periodos analizados eran generalmente de tres años. Si bien la calificación de una cuota de mercado como duradera puede depender de las características del mercado, es decir, lo que en un mercado puede ser duradero, en otro puede no serlo.

3.1.4. La posición de dominio en el mercado eléctrico

Como ha podido observarse de lo analizado anteriormente respecto a las características que nos depara el mercado energético, éste tiene una serie de particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de poder delimitar si una empresa ostenta posición de dominio. Con carácter general, y sin entrar en este momento en un examen detallado puesto que será objeto de estudio posteriormente, algunas son las cuestiones previas que deben tenerse en cuenta a la hora de efectuar el examen de la posición dominante en este mercado: en primer lugar, aquellos supuestos en los que la adquisición de una posición de dominio se atribuye *ex lege*, en segundo lugar, aquellas posiciones de dominio que vienen siendo detentadas como consecuencia de los antiguos mercados monopolísticos, y, finalmente, debe hacerse una reflexión sobre la sujeción de los poderes públicos al art. 2 de la LDC.³⁴

A) Posición de dominio en virtud de disposición legal

En primer lugar, es necesario referirnos a lo previsto en el art. 2.3 de la LDC cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal

Se prohíben, por lo tanto, de forma expresa aquellas conductas abusivas cometidas por empresas a las que se les haya reconocido una posición dominante en virtud de una disposición legal. Resulta claro que debe llegarse a idéntica solución cuando tal posición derive de una norma de rango reglamentario o, incluso, de un acto administrativo como pueda ser una concesión administrativa o una atribución de derechos especiales o exclusivos a una empresa concreta. En este sentido, se expresó el TDC en el asunto *Gas Extremadura*.³⁵

La prohibición ex art. 6.1 LDC (en la actualidad 2.3 LDC) es general para todos los operadores económicos, privados y públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por la Administración.

34. Como afirma G. Ariño, la estructura empresarial de la industria eléctrica en Europa se caracteriza por tres rasgos fundamentales: a) elevada concentración empresarial en los mercados nacionales y ausencia de un mercado europeo, con escaso nivel de interconexiones entre los primeros; b) considerable integración vertical, y c) titularidad pública en el capital de las empresas, lo que genera una asimetría de posición entre las privadas (o privatizadas) y aquellas que presentan una significativa presencia del capital público; *vid.*, *Energía en España y Desafío Europeo*, Fundación Estudios de Regulación/Comares, Granada 2006, p. 66 y ss.
35. Resolución de 4 de octubre de 2004, expte. 570/2003. Sobre estos aspectos, *vid.*, Cases, L., «Regulación pública y abuso de posición de dominio», en *El abuso de...*, *op. cit.*, p. 238 y ss.

De esta forma la LDC distingue entre las conductas abusivas que gozan en sí mismas de amparo legal expreso y que, en consecuencia, quedan exentas de la prohibición tipificada en el art. 2 de la LDC, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de dicha norma,³⁶ de aquellas conductas abusivas cometidas desde una posición de dominio otorgada legalmente que sí que se encuentran sometidas a la prohibición del art. 2 LDC, salvo si son de *minimis*.

Distintas son las consecuencias que deben extraerse de este precepto. En primer lugar, en aquellos casos en los que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal no habrá de examinarse si concurren, en efecto, los requisitos necesarios para concluir tal posición, de forma que el análisis quedará limitado a determinar si la conducta de la empresa que ostenta en virtud de la norma pertinente la posición de dominio es abusiva o no, estando por ende prohibida en el caso de ser abusiva.³⁷

A ello debe añadirse que la determinación de monopolios legales no puede considerarse en ningún caso como una cláusula general a la que puedan acogerse las empresas que operen en los mercados energéticos, sino que las mismas tendrán que adecuar su conducta a las obligaciones derivadas de este precepto. Igualmente, el hecho de que la empresa en cuestión pueda gestionar servicios de interés público o de interés general resulta irrelevante para la aplicación del art. LDC. Así, lo ha destacado el TDC en el asunto *Gas Sabadell*.³⁸

En este mercado relevante, de productos y geográfico, la empresa denunciada ostenta una clara posición de dominio ya que, como señala el Servicio, las empresas que utilizan gas en sus procesos productivos sólo pueden contratar el servicio con dicha empresa, por no existir otra compañía suministradora. Gas Natural es el titular del monopolio legal, en la zona de referencia, del suministro de un producto imprescindible, insustituible a corto plazo, como es el gas natural. En estas circunstancias es evidente que la

36. El art. 4 de la LDC dispone: «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

37. Así se desprende claramente de la Resolución de 29 de julio de 1993, asunto *Cofradía de Pescadores de Nuestra Señora del Carmen*, expte. 329/93, en la que se estableció que «La existencia de una situación de dominio en el mercado que disfruta un operador económico en virtud de una norma o de una situación de hecho pura y simplemente, no está prohibida en sí misma ni constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia; es el abuso de esa posición dominante en el mercado, evidenciada a través de alguna de las formas previstas legalmente, lo que la ley prohíbe y este Tribunal considera como una de las infracciones más graves por constituir una grave amenaza para todo un sector; prueba de esta gravedad es que los abusos no son autorizables en ningún caso, a diferencia de los acuerdos o prácticas restrictivas y se aplica la prohibición del art. 6 (actual 2) citado incluso en aquellos casos en que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal en contraste también con los acuerdos y prácticas en principio prohibidas pero que están exentas cuando resulten de la aplicación de una ley o de un reglamento dictado en aplicación de una ley».

38. Resolución de 14 de febrero de 2000, expte. 458/99.

independencia de comportamiento, en este caso respecto de los usuarios, que es consustancial con la posición de dominio en el mercado (...) se da en grado sumo.

Otro aspecto relevante es la viabilidad de defensa de una empresa en posición de dominio cuyas prácticas presuntamente abusivas carezcan de amparo legal expreso, si bien han sido impuestas o respaldadas directa o indirectamente por la autoridad reguladora. En este sentido, puede afirmarse en principio que dichas conductas no deberían quedar sujetas al art. 2 de la LDC cuando la empresa con posición de dominio se limita a aplicar una política aprobada de forma concreta por las autoridades reguladoras, puesto que en ese caso la empresa carece de autonomía alguna en la adopción de la práctica investigada o, en general, cuando la conducta de la empresa viene exigida de forma directa por el marco regulatorio preestablecido y al cual debe obligatoriamente ajustar su conducta. Así, el ejemplo claro de este tipo de problemática se ha producido en el sector de las telecomunicaciones y ha consistido en la aplicación por operadores dominantes de telecomunicaciones de precios y tarifas específicamente aprobadas y autorizadas por la autoridad reguladora –Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Por lo tanto, parece evidente que en la medida en que la CMT no sólo permita, sino que obligue al operador dominante a aplicar la tarifa regulada, no debería aplicarse el art. 2 LDC debido a la falta de autonomía e independencia de la empresa. Sin embargo, esta cuestión no es clara y se plantean diversos problemas al respecto. En este sentido, la Comisión Europea impuso una multa a Telefónica por la aplicación de precios que habían sido previamente autorizados por la CMT; si bien es cierto que el problema de fondo que se plantea en este asunto es el de los distintos objetivos de la política de regulación frente a la de defensa de la competencia y cuál de ellas debe prevalecer (en este caso la Comisión entendió que prevalece la política de competencia comunitaria frente a la regulación sectorial nacional).³⁹

B) Posición de dominio derivada de los antiguos mercados monopolísticos energéticos

Los sectores antaño monopolísticos, como es el caso de la energía, son, por regla general, más proclives a las situaciones de abuso de posición de dominio, ya que la posición del incumbente es difícilmente replicable por otros operadores, a pesar de que el mercado se haya liberalizado o, al menos parte del mismo.

Esta máxima es especialmente significativa en el mercado energético, tanto de gas como de electricidad, que se caracterizan por la existencia de las denominadas *essential facilities*, tal y como pudimos examinar con anterioridad, en los que las ventajas asociables a la propiedad de la red o de las infraestructuras tienen una incidencia notable sobre la competencia.

En este sentido, lo ha destacado el TDC, respecto a los mercados energéticos

39. Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784, *Wanadoo España c. Telefónica*.

en diversas resoluciones en las que ha podido constatar la existencia de conductas constitutivas de abuso de posición de dominio. No me detendré en exceso en el análisis de las mismas, ya que serán objeto de estudio más adelante, por lo que simplemente destacaré algunos ejemplos que ilustran esta realidad en el mercado de la electricidad.

Así, se ha declarado el abuso de posición de dominio en el mercado de generación de electricidad, en el contexto de restricciones técnicas, mercado por el que se casan las ofertas de venta de electricidad al por mayor. El TDC en el asunto *Empresas Eléctricas*⁴⁰ declaró que las principales empresas eléctrica –Endesa Generación, Iberdrola Generación, Unión FENOSA Generación e Hidrocantábrico Generación– presentaron en determinados días precios de oferta inusualmente altos en el mercado mayorista de electricidad siendo conscientes de que no se casarían en el mercado diario y, por lo tanto, dichos operadores serían llamados después para resolver las asimetrías entre oferta y demanda mediante el mecanismo de restricciones técnicas en las zonas donde respectivamente disfrutaban de posición monopolista.

Igualmente, se ha declarado la realización de abusos de posición de dominio en mercados conexos, tales como el de ejecución de instalaciones, prevaliéndose de una posición de dominio en los mercados de suministro de electricidad, tal y como se dispuso en el asunto *Asinem/Endesa*.⁴¹

3.2. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

No se encuentra ni en el art. 102 TFUE ni en el art. 2 LDC una definición de lo que deba entenderse por abuso de posición de dominio.⁴² Ha sido, de nuevo, el TJUE el que a lo largo de su jurisprudencia ha ido delimitando los perfiles de esta conducta anticompetitiva, que pasamos a examinar sucintamente.

40. Resolución de 7 de julio de 2004, expte. 552/02.

41. Resolución de 14 de diciembre de 2006, expte. 606/05.

42. Los economistas han destacado una serie de rasgos comunes respecto de las conductas abusivas: a) todo abuso supone la reducción del beneficio del operador dominante en el corto plazo con el objeto de obtener rentas monopolistas a largo plazo; b) en consecuencia, para que una conducta sea abusiva debe producirse en un entorno competitivo y por parte de un operador tal que haga posible la recuperación de las ganancias sin que los competidores o consumidores puedan reaccionar y evitarlo. Igualmente, la doctrina económica considera que la clasificación de las conductas no conduce más que a imponer una «camisa de fuerza» a la autoridad de competencia que tiene la misión de enjuiciarla ya que: a) con frecuencia una misma conducta es subsumible en más de una categoría; b) los operadores en posición de dominio son capaces de inventar estrategias de exclusión y explotación que no se compadecen con ninguna de estas categorías, por lo que hacen más difícil su persecución; c) en cualquier caso, tal clasificación es irrelevante, puesto que lo importante, lo que debería centrar la atención de la autoridad de competencia, son los efectos que la conducta produce. *Vid.*, al respecto, Posner, R.A., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2001, p. 245 y ss; Areeda, P.; Kaplow, L., *Antitrust analysis*, Aspen Law & Business, 1997, p. 5 y ss.; Alfaro Aguila-Real, J., «Delimitación de la noción de abuso de posición de dominio», en *El abuso de la posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino/Marcial Pons, Madrid 2006, p. 193 y ss.

3.2.1. Concepción objetiva del abuso

El abuso es un concepto objetivo que no depende de la intencionalidad de su autor, si bien el elemento de la culpabilidad de éste debe tomarse necesariamente en consideración a la hora de imponer una sanción.

El TJUE ha definido el concepto de abuso en el conocido asunto *Hoffmann- La Roche*⁴³ como:

un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia.

Las consecuencias jurídicas esenciales que pueden extraerse de esta concepción objetiva del abuso son: de una parte, que el comportamiento de una empresa puede ser considerado abusivo aun cuando no medie intencionalidad alguna; de otra, que el comportamiento de una empresa en situación de posición de dominio que sea considerado abusivo puede, en cambio, ser ajustado a la legislación de competencia en el supuesto de que sea realizado por una empresa que no detente tal posición dominante.

No obstante lo dicho, el elemento de la intencionalidad de una conducta ha sido tenido en cuenta, tanto por las autoridades de competencia como por el Tribunal Supremo (TS) y la Audiencia Nacional (AN) en su función de revisión jurisdiccional, señalando que puede ser un buen indicio que contribuye a determinar, junto con otros elementos de análisis, el carácter abusivo o no de una conducta. Así, por ejemplo, en la sentencia del TS de 13 de diciembre de 2004, la intencionalidad de expulsar a un competidor se consideró el elemento esencial del tipo abusivo de precios predatorios, al punto que se casó la sentencia de instancia por no haber tenido en cuenta la intencionalidad de la empresa autora de la conducta. En parecidos términos se ha expresado la jurisprudencia del TS en sus sentencias de 30 de mayo de 2006 y de 4 de abril de 2006 en el que ha ratificado el carácter abusivo de una conducta sobre la base de que su intencionalidad o propósito era la expulsión del mercado de un operador o el cierre del mercado a nuevos entrantes.

Igualmente la CNC en el asunto *Iberdrola*⁴⁴ consideró el elemento de la intencionalidad de la conducta como fundamento del abuso de posición de dominio realizado por la citada empresa en el mercado de restricciones técnicas:

43. STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.

44. Resolución CNC de 14 de febrero de 2008, expte. 624/07.

La conducta de Iberdrola llevada a cabo con la central de Castellón 3 demuestra una clara intención de retirar energía del mercado diario para destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que supone una limitación de la producción de la energía eléctrica en el mercado diario por parte de este operador.

A pesar de ello, estos precedentes deben interpretarse a la luz de la ponderación del elemento subjetivo, tal y como ha señalado el TS en su conocida sentencia de 20 de junio de 2006 sobre el asunto *Planes Claros* en la que se dice lo siguiente:

A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de “obstaculizar” la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación rehace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última.

3.2.2. *La introducción del factor de razonabilidad: la justificación objetiva*

Uno de los problemas inherentes a la figura del abuso de posición de dominio se centra, en numerosas ocasiones, en determinar si algunas actuaciones de empresas con posición de dominio son consideradas como reacciones legítimas de dichas empresas frente a sus competidores para proteger sus intereses particulares o, si por el contrario, las mismas deberán caer bajo el ámbito de aplicación del art. 102 TFUE o 2 LDC. Así lo ha señalado el TPI en el asunto *Irish Sugar* al manifestar que:

las empresas con posición dominante tienen que mantener un difícil equilibrio, conjugando la obligación de ser competitivas en el mercado con un especial cuidado a fin de evitar la restricción de una competencia que por su presencia puede ya verse limitada.

La doctrina de la CNC al respecto ha distinguido en la empresa con posición de dominio los comportamientos lícitos, que son aquellos que pueden considerarse propios del espíritu competitivo que se espera de ella, y los comportamientos ilícitos, que son los que falsean la competencia en el mercado. La clave, en general,

para determinar la licitud de la conducta reside en que ésta tenga una *justificación objetiva*. En este sentido, el TDC en el asunto *Retevisión/Telefónica*⁴⁵ señaló que para apreciar si es objetiva la justificación, es necesario examinar los siguientes factores:

- i) componentes anticompetitivos de la conducta;
- ii) alcance de sus efectos;
- iii) intensidad y grado de la posición dominante;
- iv) amenazas que representan para los demás competidores;
- v) proporcionalidad de la respuesta;
- vi) intención excluyente o anticompetitiva de la empresa.

En el ámbito del mercado de generación de electricidad, especialmente en los aspectos relativos a las restricciones técnicas y al posible abuso de la posición de dominio de las empresas implicadas en el mismo, éstas han alegado la existencia de *justificaciones objetivas*, tales como el «fallo regulatorio» o la «mala regulación» como ha venido a denominarse en este sector el hecho de que los agentes estuvieran, desde el inicio de la operación del *pool* eléctrico, sometidos al sistema de oferta única en el mercado mayorista de electricidad, tal y como se regula en el RD 2351/2004, de 23 de diciembre. Sin entrar en el examen detallado de las justificaciones objetivas en el mercado eléctrico que será objeto de estudio a continuación, debe señalarse que, con carácter general, éstas no han sido admitidas por el TDC y se ha declarado la existencia de abuso.⁴⁶

Puede afirmarse, por lo tanto, que para determinar si nos encontramos ante un abuso de posición dominante o si, por el contrario, se trata de un comportamiento legítimo derivado del espíritu competitivo de la empresa con posición de dominio, debe examinarse si su CONDUCTA fue objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses comerciales. Y este examen demanda tener en consideración si la empresa actuó de la misma manera a como lo habría hecho en una situación de competencia normal y suficientemente eficaz o si, por el contrario, empleó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado.⁴⁷

45. Resolución de 8 de marzo de 2000, expte. 456/99

46. Resolución CNC de 28 de julio de 2008, exptes. 2600/05 *CNE/Empresas Sector*; 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *Aceca* y 2773/07 *Iberdrola*. Vid., Guillén Caramés, J. 2009. «El abuso de posición de dominio en el sector eléctrico», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 260 y ss.

47. Vid., Pascual Seguros, J. 2000. «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, septiembre-octubre, p. 104.

3.3. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA EN POSICIÓN DE DOMINIO

De la concepción objetiva del abuso de posición de dominio se desprende la idea de que una empresa dominante tiene, por revestir esta cualidad, una especial responsabilidad en su comportamiento, a la que son ajenas aquellas empresas no dominantes.

Es esta responsabilidad especial de la empresa dominante una doctrina muy asentada en la jurisprudencia comunitaria. En la sentencia *Michelin* el TJUE estableció que a la empresa que ostenta una posición de dominio le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas en el mercado. Igualmente, el TG en el asunto *Irish Sugar* precisa que a la empresa en posición dominante:

le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.

Esta responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el supuesto concreto, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar a la situación concreta de la competencia en el mismo. De este planteamiento se desprende que cuanto más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante.

4. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA: EL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS COMO UN TIPO DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

4.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El art. 2.2.a) LDC dispone lo siguiente:

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

A pesar de que el concepto de precios excesivos plantea diversos problemas, tal y como ha destacado la doctrina, puede señalarse con carácter general que se han considerado como tales los que permiten a un operador dominante obtener un

margen de beneficio extraordinario, superior al que se obtendría en condiciones competitivas, de manera sostenida.⁴⁸

Los precios excesivos son susceptibles de causar los siguientes efectos:

- i) Por un lado, si se aplican directamente a los consumidores, producen efectos de explotación, puesto que reducen el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien o servicio de lo que pagaría si el precio de éste se mantuviera en un nivel competitivo; o al impedirle incluso la adquisición del bien o la contratación del servicio;
- ii) Por el otro, si se aplican a procesos intermedios de la cadena de producción, causan también efectos de exclusión, puesto que encarece el *input* de las empresas situadas en mercados descendentes, que pueden, o bien trasladarlos al consumidor, o bien retirarse del mercado por la incapacidad para obtener rentabilidad.⁴⁹

Fiel reflejo de lo anterior son las diversas resoluciones dictadas por el antiguo TDC y la actual CNC respecto a determinadas empresas de generación de electricidad por realizar ofertas la mercado diario de generación de energía eléctrica a precios excesivos con la finalidad de no participar en este mercado y reservar su producción para generar en un contexto de restricciones técnicas, logrando por su energía un precio superior al que habría percibido en el mercado diario, y ello basándose en su posición de dominio en la zona afectada por restricciones técnicas.⁵⁰

Así, por ejemplo, en el asunto *Viesgo Generación* los argumentos que sirvieron para declarar el abuso de posición de dominio por parte de la citada empresa eran, en primer lugar, que las centrales de Puertollano y Puentenuevo estaban en posición de dominio en la zona Centro-Sur durante 6 días y las de Algeciras se encontraban en idéntica situación en la zona Sur durante 8 días. Además, los precios de oferta de estas centrales (PMP) fueron muy superiores a los precios que se estaban formando en el mercado diario (PMD) en los periodos investigados. En este sentido, las cuatro centrales de generación investigadas casaron muy poco en el mer-

48. Como señala C. Dorronso, la prohibición de precios excesivos «refleja las diferencias de concepto y alcance entre las teorías ordoliberales y las intervencionistas acerca del objetivo de la política de competencia. De acuerdo con las primeras, el monopolista es libre de determinar el precio que le permita maximizar el beneficio, puesto que se considera, por influencia de la escuela de Chicago, que la regulación de los precios por parte de la autoridad de competencia o la capacidad de pronunciarse sobre qué precio se considera justo (que supone determinar qué ganancia se considera razonable) constituyen una intromisión intolerable a la libertad de empresa y mercado», *vid.*, «Artículo 2», *Derecho español...*, *op. cit.*, p 160 y ss.

49. Sobre esta problemática, *vid.*, Agosti, L.; Padilla, A.J. 2009. «Precios excesivos», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*. Madrid: Thomson-Civitas.

50. Entre otras, pueden consultarse las siguientes: Resoluciones TDC 552/02 *Empresas eléctricas*, de 7 de julio de 2004; 602/05 *Viesgo Generación*, de 28 de diciembre de 2006; 601/05 *Iberdrola Castellón*, de 8 de marzo de 2007; Resoluciones CNC 624/07 *Iberdrola*, de 14 de febrero de 2008; 625/07 *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008, y Resolución CNC sobre propuesta de archivo de los exptes. 2600/05 *Empresas sector*, 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *ACECA*, 2773/07 *Iberdrola*, de 28 de julio de 2008.

cado diario, sus PMP fueron muy superiores a sus costes variables revelados (CVR), y los incrementos en los PMP no se justificaban por incrementos en el precio del combustible. Asimismo, resultó probado que durante los periodos objeto de la investigación las cuatro centrales fueron sistemáticamente llamadas a restricciones técnicas, de tal modo que el grado de incertidumbre sobre la posibilidad de ser llamado a resolver restricciones técnicas era bajo por el conocimiento de la demanda estimada y por el conocimiento de los grupos indisponibles.

En consecuencia el TDC resolvió que *Viesgo Generación* fue responsable de un abuso de posición de dominio consistente en *ofertar al mercado diario a precios superiores a sus CVR, con el objeto de no casar en dicho mercado y sabiendo que sería llamada a restricciones técnicas, y pagada a su precio de oferta al diario, porque su energía era necesaria para satisfacer la demanda de la zona, al ser la única disponible en la misma.*

Otro caso importante de precios excesivos en el mercado de restricciones técnicas lo constituye el asunto *Iberdrola*, en el que el SDC propuso sancionar a la citada empresa por la conducta seguida en la Central de Castellón 3 durante el segundo semestre de 2004 y enero y febrero de 2005. Se fundamentaba dicha postura en que la posición de dominio de la Central Castellón 3 en lugar de ofertar un precio con intención de generar en el mercado diario realizó ofertas a PMP muy superiores al PMD, por lo que deja de casar en el diario y pasa a generar en restricciones técnicas, de tal modo que los niveles de PMP fueron muy superiores a los PMD y a los CVR. De acuerdo con estos hechos, el SDC consideró que la Central podría haber casado sin pérdidas en el diario entre el 19 de junio y el 31 de diciembre de 2004 en 107 de los 196 días, y que de esos 196 días en 185 fue llamada a restricciones técnicas. Además todos esos días acudió una vez rellena su programación en el intradiario, lo que hizo que su régimen final de funcionamiento fuese similar al diario y, por lo tanto, los costes de generación de ambos regímenes son similares. Finalmente se acreditó que los ingresos obtenidos en este mercado, 31 euros/MWh, fueron superiores a sus CVR estimados, de 24 a 30 euros/MWh.

Una vez analizados estos hechos, la CNC estimó que *Iberdrola Generación* había incurrido en abuso de posición dominante al ofertar al mercado diario de la energía eléctrica precios encaminados no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas, en cuya situación era el único posible oferente, conducta que tuvo lugar de forma continuada para la Central de Castellón 3 en el periodo examinado. En general los fundamentos empleados por la CNC pueden sistematizarse en los siguientes:

- i) La conducta de la empresa de generación llevada a cabo en la central de Castellón 3 demuestra *una clara intención* de retirar energía del mercado diario con el fin de destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que supone una limitación de la producción de energía eléctrica en el mercado diario por parte de este operador.

- ii) El resultado de esta conducta fue beneficioso para la central citada, ya que sus ingresos unitarios fueron efectivamente muy superiores a los ingresos unitarios de sus competidores.
- iii) La práctica analizada que constituye el abuso de posición de dominio consiste en retirar oferta del mercado diario para colocar esa oferta en el mercado de restricciones técnicas, y posteriormente completar el programa de generación acudiendo al mercado intradiario.

Se observa claramente por medio de estos dos casos la problemática existente en el mercado mayorista de producción de energía eléctrica y que reside básicamente en la compleja formación de los precios en el mercado diario, así como en la valoración de los costes que va a servir de referencia para delimitar la oferta que las generadoras envían al mercado. En definitiva, la tensión gira en torno a si el coste de funcionamiento de las centrales de producción de energía eléctrica es el mismo o no en el mercado diario o en el de restricciones técnicas. Esta será una de las claves para poder determinar si se da o no el abuso de la posición de dominio que ostentan determinadas centrales en el mercado de restricciones.

Resulta interesante, a los efectos de nuestro estudio, examinar las distintas pautas de análisis que ha llevado a cabo la CNC, así como los Tribunales de Justicia, concretamente la AN y el TS para determinar la existencia o no del abuso.

4.1.1. *La delimitación del mercado relevante*

En primer lugar, en lo concerniente al *mercado relevante*, la CNC ha delimitado el mismo señalando que éste es el de suministro de electricidad en restricciones técnicas. Se había planteado la posibilidad de que el mercado relevante fuera el mercado mayorista, si bien la CNC ha descartado esta posibilidad en base a los siguientes argumentos: *a)* desde la perspectiva del análisis de defensa de la competencia, cada una de las fases en las que se organiza la generación de energía eléctrica en el sistema peninsular español presenta los elementos básicos para que puedan ser considerados mercados relevantes; *b)* por otro lado, desde la perspectiva del producto, la propia configuración secuencial en el tiempo, derivada de la lógica del sistema de funcionamiento, hace que estos productos no sean sustituibles entre sí, como tampoco sería sustituible su oferta, y por tanto se trata de cuatro mercados diferenciados: el diario, el de restricciones técnicas, el intradiario y el de servicios complementarios, y *c)* dada la evidente conexión entre ellos, de manera especial entre el diario y el de restricciones técnicas, se les ha considerado como mercados conexos, en el sentido de que la posición de dominio que se ostenta en el mercado de restricciones técnicas tiene efecto en el precio del mercado diario, en el que no tiene por qué mantener la misma posición de dominio.

Esta posición mantenida por la CNC fue objeto de crítica por parte de las empresas eléctricas afectadas argumentando que el único mercado relevante es el

mercado de generación eléctrica, y que el mecanismo de restricciones técnicas no es un mercado en sí mismo, sino un sistema de ajustes empleado para soluciones de acuerdo con criterios estrictamente técnicos problemas que se presentan en la red eléctrica en tiempo real. En este sentido, no existe una demanda que participe en este proceso, y quien decide qué grupos eléctricos han de producir más o menos electricidad no son los sujetos implicados en el libre mercado, sino el operador del sistema (REE), que actúa con la finalidad de garantizar la seguridad, calidad y fiabilidad del suministro.

Por su parte, la doctrina científica que ha estudiado esta problemática se ha mostrado crítica con la delimitación del mercado efectuada por la CNC. En este sentido, J. M. SALA ARQUER ha señalado que «la idea de un mercado de restricciones técnicas no pasa de ser una construcción artificiosa, diseñada para basar en ella una supuesta posición dominante, de la que se habría abusado», por lo tanto el mecanismo establecido por la norma «no es tanto el de un mercado, como el de la imposición de una obligación de servicio público, que recae sobre la empresa titular de la unidad o unidades de producción designadas por el operador del sistema».⁵¹ Esta opinión, que comparto, encuentra su apoyo argumental en la deficiente regulación existente en este momento en el mercado de producción de electricidad que obligaba a las empresas a presentar una oferta única al mercado, precio que podía ser utilizado tanto en el mercado diario como en el de ajuste del mismo, esto es, en el de restricciones técnicas, que como puede observarse no implica la existencia de dos mercados, sino de uno solo, ya que de otro modo resulta difícilmente imaginable que las empresas hicieran la misma oferta en ambos mercados cuando los costes de producción deberían ser distintos, por lo menos desde una perspectiva económica racional.

No obstante, la jurisprudencia del TS, concretamente en las sentencias de 27 y 28 de enero de 2010, no entra a cuestionar la delimitación del mercado realizado por la autoridad de competencia, dando por bueno el delimitado por la CNC que es el mercado de restricciones técnicas.

4.1.2. La posición de dominio de las empresas incurso en un posible abuso

Por lo que se refiere a los aspectos relativos a si se tiene o no *posición de dominio* en este mercado relevante, la CNC ha abordado su estudio basándose en el doble test de «independencia de comportamiento» para valorar la conducta y de «obstaculización de la competencia efectiva» para valorar el efecto.

51. *Vid.*, al respecto, «La solución de restricciones técnicas en el mercado de producción de energía eléctrica», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica* (Dir. J. Guillen Carames), Thomson-Civitas, Madrid 2009, p. 235 y ss. Igualmente, *vid.*, Lagunade Paz, J.C. 2009. *Los servicios de interés económico general*. Madrid: Thomson-Civitas; y Del Guayo Castiella, I. 2010. «Los procedimientos de resolución de restricciones por garantía de suministro y de restricciones técnicas (análisis del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero)», LA Ley, núm. 7416.

No obstante, lo primero que debe destacarse respecto a la posición dominante en el mercado de restricciones técnicas es que en líneas generales, todas las centrales ubicadas en esas zonas que pueden resolver las restricciones técnicas resultantes del PBDF suelen pertenecer al mismo grupo empresarial. Por lo tanto, el operador del sistema, ante la exigencia de restricciones técnicas en estas zonas, sólo puede llamar para su resolución a dichas empresas, ya que son el único oferente en el mercado, lo que ha conllevado que las autoridades de competencia declaren la posición de dominio de las mismas.⁵²

A) *La independencia de comportamiento*

Respecto a la *independencia de comportamiento*, tanto de competidores, como de clientes, suele quedar demostrada al comparar el precio final que obtienen las empresas de generación por la energía generada en sus centrales y el precio que obtienen dichas empresas y sus competidoras con centrales de idéntica tecnología situadas en zonas que, o bien no son de restricciones técnicas y, en consecuencia, ningún operador tiene posición de dominio, o bien, aunque se encuentren en zonas de restricciones técnicas, se dedican a generar en el mercado diario.

No obstante, resulta complicado admitir en un contexto fuertemente regulado como es el sector eléctrico la posible independencia de comportamiento de las empresas eléctricas, al menos en términos absolutos. De este modo, no son las empresas las que generan la decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas sino que es el gestor del sistema (REE) junto con el operador del mercado (OMEL) los que gozan de la potestad, materialmente administrativa, de poner en marcha este sistema para solucionar los desajustes del mercado. Incluso aun cuando las empresas generadoras pudieran presentar al mercado diario en unos días concretos y para ciertas centrales, unas ofertas de electricidad a precios excesivos, tras hacer un cálculo de previsibilidad de que dichas centrales serían excluidas de la casación diaria y serían llamadas a resolver en restricciones técnicas, resulta del todo necesario, tal y como afirma el TS, demostrar, con *el rigor exigible*, que dichas empresas tenían la total seguridad de que serían las llamadas, lo que no ha quedado suficientemente demostrado por las autoridades de competencia.

B) *La intencionalidad*

Otro elemento examinado por las autoridades de competencia es el relativo a la *intencionalidad de las empresas* de generación, hecho que es puesto de manifiesto al

52. Así, por ejemplo, en el asunto *Iberdrola*, su cuota de mercado era del 100 por 100, dada su situación de monopolista. En consecuencia, la sustituibilidad de la oferta es nula, ya que no existe en la zona ninguna otra unidad de generación que pertenezca a un operador distinto de Iberdrola. Igualmente, la sustituibilidad de la demanda es inexistente, porque nada puede sustituir a la generación de las unidades de generación ubicadas en la zona para resolver la restricción técnica. Finalmente, la competencia potencial sería posible o bien con nuevas instalaciones de generación en la zona, o bien con inversiones en red que permitieran ampliar el perímetro delimitado por la restricción e incluir así otras unidades de generación capaces de resolver la restricción. Sin embargo, estas posibles soluciones requieren inversiones elevadas, así como largos procesos de construcción y, por tanto, sólo podría servir a medio y largo plazo.

retirar ésta energía del mercado diario para destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que implica una limitación de la producción de energía eléctrica en el mercado diario por parte de los operadores que realizan estas prácticas. En este sentido, el TDC en el asunto *Iberdrola*⁵³ diferenció los comportamientos de la misma y sus efectos de la siguiente forma:

(...) Iberdrola tiene independencia de comportamiento y que la ejerce cambiando su estrategia de oferta cuando el nivel de precios del mercado diario no resulta ser de su interés. Este cambio consiste en pasar de una estrategia, que denominaremos estrategia de “ofertar al diario”, a otra que denominaremos estrategia de “ofertar a restricciones”. (...)

La estrategia de “ofertar al diario” consiste en ofertar a unos precios inferiores a los precios esperados del mercado diario, de manera que toda la energía así ofertada será casada en este mercado diario, y remunerada al precio de casación de dicho mercado, el precio denominado PMD en los gráficos, y al que se remunera a toda la energía del sistema que participa en este mercado. La estrategia de “ofertar a restricciones” consiste en ofertar a un precio superior al precio esperado del mercado diario, de tal manera que las unidades de generación así ofertadas no serán casadas en el mercado diario, y quedarán en disposición de ser llamadas a generar en restricciones, en cuyo caso serán remuneradas al precio ofertado, totalmente independiente del precio del mercado diario, y sustancialmente más alto. Las horas del día que no funcionan en restricciones técnicas acuden al mercado intradiario, evitando así paradas y arranques indeseados.

El resultado de este comportamiento, podría ser prueba de su intencionalidad, puesto que sus ingresos unitarios son efectivamente muy superiores a los ingresos unitarios de sus competidores, e incluso de sus propias centrales de igual tecnología sometidas a la presión competitiva del mercado diario. Sin embargo, a juicio del TS (sentencia de 27 de enero de 2010), no ha resultado probado «con la seguridad exigible para sancionar» derivada del principio de legalidad en materia sancionadora, las dudas derivadas de tomar en cuenta la singular situación de la demanda en las fechas en las que se produjo el presunto abuso.

C) La justificación objetiva: el problema del cálculo de los precios y costes

Finalmente, para valorar si este tipo de conductas puede resultar abusiva o no, la CNC examina si se dan o no elementos de *justificación objetiva* por parte de las empresas. Respecto a este punto las empresas generadoras de energía alegaron que el comportamiento que realizan se encuentra plenamente justificado debido a varias causas objetivas: a) aquellas relativas a que los precios bajos del mercado

diario hacen que las generadoras en determinados periodos incurran en pérdidas; *b*) aquellas que se justifican en que la diferencia de costes de funcionar en el mercado diario o en el de restricciones justifican los diferentes precios ofertados; *c*) aquellas consistentes en que la diferencia de rendimiento de la central en una u otra situación como consecuencia del diferente nivel de carga, los costes de paradas y arranques que requiere el funcionamiento de restricciones técnicas, *d*) o la diferencia de horas de funcionamiento que no permite maximizar otras eficiencias productivas. En definitiva, el origen de la justificación objetiva se encontraría fundamentado en un fallo regulatorio derivado del sistema de oferta única.⁵⁴

Sin embargo, en la mayor parte de los asuntos de los que ha conocido la CNC, ésta ha descartado dichas causas objetivas de justificación, ya que las empresas de generación no han conseguido probar el por qué del alto y continuado nivel de restricciones técnicas en determinadas zonas. Así, lo señaló la CNC en el asunto *Iberdrola*:⁵⁵

Existe pues una correlación positiva entre el comportamiento llevado a cabo por Iberdrola y el nivel de restricciones técnicas experimentado en la zona, sin que Iberdrola haya acreditado ni sugerido una causalidad que explique el incremento extraordinario de este problema. Si bien este Consejo es consciente de que la correlación no tiene porque implicar causalidad, lo cierto es que evaluadas otras posibles causas como son los incrementos de demanda, las indisponibilidades de otras centrales de producción, o posibles fallos del sistema de transporte, no se han encontrado que ninguno de ellos se haya presentado con la intensidad y la continuidad en el tiempo tales como para explicar este alto y continuado nivel de restricciones técnicas en la zona (...).

De esta manera, puede afirmarse, en opinión de la CNC, que la aparición de restricciones técnicas y su resolución tienen, por sí mismas, un claro efecto de distorsionar los resultados competitivos del mercado, derivado de la interrelación entre el mercado diario y el de restricciones técnicas. Así, ocurre que unidades casadas en la primera fase, en la que funciona un sistema de libre competencia, deben ser retiradas, quedarán sin generar y dejarán de percibir, por lo tanto, los ingresos que les deberían corresponder. A ello se añade que unidades no casadas en la fase anterior, debido a que su precio superaba el precio de casación, es decir,

54. Debe recordarse que en la actualidad el sistema de oferta única ha sido modificado por el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico y, por el RD 134/2010, de 12 de febrero, que crea un nuevo procedimiento de operación en el sistema eléctrico español, relativo a la resolución de las restricciones por garantía de suministro, que persigue concretar la decisión política de potenciar el consumo de carbón nacional para la generación eléctrica y que debe coexistir con un procedimiento ya existente, de resolución de restricciones técnicas, de naturaleza controvertida por las distorsiones del mercado que provoca.

55. Resolución de 14 de febrero de 2008, expte. 624/07.

el de la primera fase, deben ser incorporadas al sistema y remuneradas al precio ofertado por ellas inicialmente. Y, por último, el precio de la energía final se verá incrementado, al tener que añadirle el sobrecoste que conlleva tener que generar para resolver las restricciones técnicas. Es decir las ofertas que se hagan en el primer mercado condicionan la formación del segundo, ya que las ofertas configuran el programa de generación, y este programa es el que va a condicionar la aparición del segundo, esto es, el de restricciones. Este comportamiento es el que se considera, en consecuencia, abusivo.

El problema radica, entonces, en conocer cuál debe ser la metodología correcta para efectuar el cálculo de costes y precios, es decir, si existía una obligación de realizar una oferta única por parte de las empresas generadoras de electricidad, el coste de producción de ésta ¿es el mismo en el mercado diario o, en el caso de ser llamadas a restricciones técnicas el coste de generación es superior y, por lo tanto, podría encontrarse justificado un precio superior?

Esta problemática ha sido resuelta por el TS en su sentencia de 27 de enero de 2010 al señalar lo siguiente:

Admitiendo sin embargo, a efectos dialécticos, que la citada oferta única tuviera que venir referenciada a los costes de producción, el contraste no debería ser hecho entre los precios históricos de casación en el mercado diario con los percibidos por las centrales cuando fueran llamadas a resolver restricciones técnicas (ya hemos dicho que son regímenes distintos de funcionamiento). En un escenario previsible de restricciones técnicas, el factor de referencia serían los costes típicos consiguientes a este mecanismo, que pueden diferir de los incurridos en un régimen “normal” de funcionamiento sin restricciones.

Desde esta perspectiva, en el expediente administrativo había motivos para sostener que la estimación previa de los precios de las centrales relativos a los días de autos se correspondía con los precios ofertados en otras ocasiones para el mismo escenario. De hecho, datos obrantes en diversos informes (...) ponían de relieve cómo los precios ofertados en los tres días de noviembre no se desviaron sensiblemente (en algunos casos fueron inferiores) a los precios con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2001 y, lo que también es significativo, a los correspondientes a unidades de producción análogas en otras zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio.

Ello hace que el TS y la AN anulen en esta sentencia y, en otras posteriores, las sanciones impuestas a determinadas empresas eléctricas por haber incurrido, a juicio de la CNC, en un abuso de posición de dominio por haber ofertado en el mercado diario de la energía a precios encaminados no a su casación en el citado mercado, sino a generar una situación de restricciones técnicas, en cuya situación el único posible oferente eran las empresas sancionadas en los diferentes expedien-

tes incoados por la CNC. Pueden entonces extraerse de la jurisprudencia examinada las siguientes conclusiones que configuran la jurisprudencia en esta temática:

- a) No deben ligarse precios a costes variables, premisa que no se corresponde con un sistema de mercado libre. No obstante, en el supuesto de que se pudiera admitir, el parámetro de referencia para la estimación de los costes no pueden ser los precios históricos de casación en el mercado diario sino los correspondientes precisamente a las centrales llamadas a resolver en restricciones técnicas.
- b) No pueden obviarse las consecuencias derivadas de la unicidad de la oferta, no obstante se encuentre dirigida a dos hipótesis de despacho (el mercado diario o el de restricciones técnicas) bien diferenciadas, una de las cuales conlleva determinados sobrecostes asociados al régimen de solución de restricciones técnicas.
- c) La estimación de que las empresas ofertaron por sus centrales unos precios desmesurados, como estrategia de autoexclusión intencionada en el mercado diario para quedar reservadas a la fase de restricciones, requiere un examen objetivo de costes totales.

4.2. DISFUNCIONES EN EL MERCADO ELÉCTRICO CAUSADAS POR EL ENTRECRUZAMIENTO DE LA REGULACIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA

Como se ha podido comprobar a lo largo de este artículo, uno de los problemas fundamentales y, en mi opinión, sin que hasta la fecha haya sido del todo resuelto, al menos en el sector energético, proviene de la interconexión de dos fuerzas gravitatorias sobre un mismo ámbito material. Por un lado, la proveniente del Derecho de la Competencia, que es la encargada de supervisar el buen funcionamiento de los mercados libres y, por el otro, de la regulación energética que es la que diseña el mercado de la energía. Pues bien, en este ámbito, como ocurre en otros sectores regulados, el entrecruzamiento de mercado libre con elementos regulatorios crea una serie de disfunciones que hace que la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas que intervienen en el mismo –CNC y CNE– sea compleja y complicada, arrojando resultados que suelen ser puestos en tela de juicio por las empresas intervinientes en dichos mercados. En algunas ocasiones, las decisiones emanadas de dichas autoridades no son coincidentes o, incluso, pueden resultar contradictorias, lo que crea una situación de incertidumbre y de inseguridad jurídica en los sujetos que operan en el mercado de generación eléctrica, lo que no favorece a un correcto funcionamiento del mismo. Ello se debe en buena parte a mezclar principios de mercado libre que persiguen unas finalidades concretas con elementos de regulación que buscan otra serie de objetivos, si bien ambos extienden su actuación sobre un mismo ámbito material.

Por lo tanto, resulta fundamental establecer una serie de pautas claras en el funcionamiento del mercado de generación eléctrica con la finalidad de evitar las disfunciones que se están provocando en el mismo. No resulta lógico que si estamos hablando de un mercado liberalizado en el que las empresas participantes en el mismo pueden y deben tomar libremente sus decisiones empresariales, teniendo que estar sujetas únicamente a las reglas de Derecho de la Competencia, se introduzcan complejos elementos de regulación que alteren ese mercado libre, produciéndose las disfunciones que hemos examinado a lo largo de este trabajo.

Entiendo la problemática que se deriva de la materia energética, especialmente en lo relativo al suministro, cuestión especialmente sensible desde diversas perspectivas (económica, social, política, etc.), si bien ello no debe ser un obstáculo para que las reglas de funcionamiento del mercado de producción eléctrica sean más claras y sencillas. Quizás deberíamos plantearnos la necesidad o no de que exista un mercado libre de producción de electricidad tal y como está configurado en la actualidad. En el caso de que la opción sea la del mercado libre en sentido estricto, éste debería funcionar como cualquier otro mercado, es decir en un régimen de libre competencia y con una intervención mínima de la regulación sobre el mismo. En caso de que la opción sea una mayor intervención de la regulación sobre este sector, debería entonces quedar excluida la aplicación de las normas de competencia sobre el ámbito de la producción energética y aplicar, en consecuencia y con carácter exclusivo, normas de regulación sobre esa actividad, sin perjuicio de mantener los adecuados instrumentos de colaboración con las autoridades de competencia con el objeto de poder diseñar las medidas de regulación más adecuadas para este sector.⁵⁶

56. Resulta del máximo interés el trabajo de Bacigalupo Saggesse, M. 2009. «La coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de competencia y el regulador sectorial energético», en *Derecho de la Regulación Económica*, Vol. III Sector Energético. Madrid: Iustel.

