

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. POR MANIPULACIÓN FRAUDULENTE
TENDENTE A ALTERAR EL PRECIO DE LA ENERGÍA MEDIANTE EL
INCREMENTO DE LAS OFERTAS DE LAS UNIDADES DE GESTIÓN
HIDRÁULICA DE DUERO, SIL Y TAJO**

SNC/DE/0046/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, 24 de noviembre de 2015

En cumplimiento de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, la Sala de Supervisión Regulatoria adopta el siguiente acuerdo:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Apertura de período de información previa.*

El 10 de diciembre de 2013 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la apertura de un período de información previa con objeto de analizar los movimientos inusuales en los precios del mercado al contado de electricidad.

El 12 de diciembre de 2013 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Secretario de Estado de Energía, de fecha 11 de diciembre de 2013, por el que se solicita a la CNMC que analice los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad en el último mes, así como el comportamiento de los agentes en el mismo.

En el marco del período de información previa abierto (ENER/114/2013/EE), se remitieron diversos requerimientos de información a agentes del sector para analizar los factores relacionados con el inusual y elevado nivel de precios del mercado mayorista, entre otros la indisponibilidad de centrales, los costes de las centrales de ciclo combinado de gas y la producción de las centrales hidráulicas gestionables.

SEGUNDO.- *Requerimientos remitidos a Iberdrola, S.A. y a Iberdrola Generación, S.A.U.*

En este contexto, el 3 de marzo de 2014 se requirió a Iberdrola, S.A. para que remitiera a la CNMC determinada información relativa a las siguientes circunstancias: las indisponibilidades de las centrales de Almaraz 2, de Trillo, y de Guardo 1, y determinadas actuaciones seguidas, así como circunstancias concurrentes, respecto de las centrales térmicas de ciclo combinado y respecto de las centrales hidráulicas gestionables de titularidad de esta empresa, en el mes de diciembre de 2013.

Asimismo, con fecha 3 de marzo de 2014, se requirió a la empresa Iberdrola Generación, S.A.U. para que aportara información sobre las transacciones de gas natural efectuadas en el primer y último trimestre de 2013.

TERCERO.- *Contestación de Iberdrola, S.A.*

El 7 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Iberdrola, S.A. relativo al primero de los requerimientos de información, antes mencionados. En este escrito, Iberdrola, S.A. manifiesta que *“la sociedad del Grupo Iberdrola titular o partícipe de los activos de generación mencionados en el requerimiento encargada de la dirección ordinaria y gestión efectiva del negocio de generación y gestión de la energía en España no es IBERDROLA sino Iberdrola Generación, S.A.U. (en adelante, “IBERDROLA GENERACIÓN”); sociedad cabecera del negocio liberalizado del Grupo Iberdrola en España y en Europa Continental”*. Iberdrola, S.A. solicita a la CNMC que *“acuerde considerar como interesado en el presente expediente a Iberdrola Generación, S.A.U. y no a Iberdrola, S.A.”*.

CUARTO.- *Solicitud de Iberdrola Generación, S.A.U. de ampliación de plazo para remitir la información solicitada.*

El 10 de marzo de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Iberdrola Generación, S.A.U., en el que, tras reiterar lo señalado por Iberdrola, S.A. sobre la responsabilidad de Iberdrola Generación, S.A.U. en cuanto a la actividad de generación de electricidad, solicita ampliación de plazo a fin de contestar a los dos requerimientos de información antes indicados.

La ampliación de plazo solicitada fue concedida por escrito de fecha 14 de marzo de 2014.

QUINTO.- Remisión por Iberdrola Generación, S.A.U. de la información que se había requerido.

El 24 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Iberdrola Generación, S.A.U. contestando a los dos requerimientos de información que se habían remitido.

SEXTO.- Nuevo requerimiento de información y contestación al mismo.

A la vista de la información aportada por Iberdrola Generación, S.A.U, el 8 de abril de 2014 se remitió a esta empresa nuevo requerimiento de información a fin de clarificar ciertos aspectos concernientes a: la indisponibilidad de la central nuclear de Trillo, el producible hidráulico y las reservas hidráulicas de las unidades de producción de tecnología hidráulica de titularidad de esta empresa, los condicionantes ambientales de los correspondientes embalses y el rendimiento de sus ciclos combinados.

El 14 de abril de 2014 Iberdrola Generación S.A.U. solicitó ampliación de plazo para contestar este nuevo requerimiento de información. Esta ampliación de plazo le fue conferida por escrito de 23 de abril de 2014.

El 30 de abril de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Iberdrola Generación, S.A.U. contestando al último requerimiento efectuado.

SÉPTIMO.- Incoación del procedimiento sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores, previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar, con fecha 16 de junio de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/46/14) contra Iberdrola Generación, S.A.U. (Iberdrola Generación en adelante) por infracción muy grave consistente en una presunta manipulación fraudulenta tendente a la alteración del precio de la energía eléctrica, y que se habría efectuado mediante la progresiva elevación del precio ofertado por las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Iberdrola Generación, quien recibió la notificación el mismo 16 de junio de 2014. Por medio de este escrito se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

Asimismo, el inicio del procedimiento sancionador fue puesto en conocimiento de ACER (Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía) el 17 de junio de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.2 del Reglamento (UE) nº1227/2009, de 25 de octubre, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía.

OCTAVO.- Vista por Iberdrola Generación del expediente y presentación de escrito de alegaciones.

El 23 de junio de 2014 Iberdrola Generación compareció en la CNMC para tomar vista del expediente administrativo. Efectuado lo cual, el 4 de julio de 2014 presentó en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones. En este escrito, Iberdrola Generación señala, esencialmente, que la narración de los hechos imputados que figura en el Acuerdo de incoación del procedimiento *“es manifiestamente insuficiente para que Iberdrola Generación pueda conocer exactamente de qué se le acusa”,* y que *“El hecho de que Iberdrola Generación hiciera unas ofertas u otras durante un determinado período de tiempo (o el hecho de que esas ofertas fueran incrementándose paulatinamente) no presupone, por sí solo, la existencia de una “manipulación fraudulenta tendente a la alteración del precio de la energía eléctrica”.* Señala, además, que *“El precio ofertado por las centrales de ciclo combinado y el precio ofertado por las centrales hidroeléctricas de otros operadores también se incrementaron paulatinamente durante ese mismo período temporal (como consecuencia de los hechos constatados por esa propia Comisión en su informe sobre la 25ª subasta CESUR o en sus recientes informes sobre la evolución del mercado de generación), y no nos consta que la Dirección de Energía haya abierto expediente sancionador por los precios ofertados por otras tecnologías o por otros agentes que operan en este mercado”.*

En línea con todo ello, Iberdrola Generación considera, para que sea respetado su derecho de defensa, que, *“si finalmente el Sr. Instructor considera que la actuación de Iberdrola Generación es constitutiva de infracción administrativa, cuando concrete los hechos imputados y los califique deberá ofrecer nuevamente a Iberdrola Generación la posibilidad de formular alegaciones y proponer la prueba que considere oportuna en defensa de su intereses”.*

En cualquier caso, Iberdrola Generación, manifiesta que *“las ofertas realizadas por todas sus centrales durante el período de tiempo al que se refiere el acuerdo de apertura fueron ofertas transparentes y plenamente ajustadas a los principios que rigen el funcionamiento del mercado eléctrico español”,* por lo que solicita el archivo del procedimiento.

NOVENO.- Incorporación de documentación al expediente.

Mediante diligencia de 22 de julio de 2014, el Director de Energía acordó incorporar al procedimiento determinada información para la determinación y conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 16.2 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto). En concreto, se trata de la siguiente información:

- Ofertas presentadas al mercado diario por las unidades de gestión hidráulica de Iberdrola Generación denominadas Duero, Sil y Tajo, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, según la información existente en las bases de datos de la CNMC, procedente del Operador del Mercado Ibérico-Polo Español, S.A. (OMIE) y del Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.).
- Energías programadas diariamente por las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo, en los distintos segmentos del mercado, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, según la información existente en las bases de datos de la CNMC, procedente de OMIE y del Operador del Sistema.
- Ingresos obtenidos por las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo, en los distintos segmentos del mercado, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, según la información existente en las bases de datos de la CNMC, procedente de OMIE y del Operador del Sistema.
- Nivel de reservas de los embalses correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo en los años 2011, 2012 y 2013, según la información existente en las bases de datos del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- Precios cotizados durante los meses de noviembre y diciembre de 2013 en el mercado de futuros de OMIP para el contrato carga base con vencimiento en el primer trimestre del 2014, según la información obrante en las bases de la CNMC, procedente del Operador del Mercado Ibérico-Polo Portugués, S.A. (OMIP).
- Conjunto de cuadros de análisis de datos que figuran entre la información que se incorpora, relativos a los siguientes aspectos:
 - Rango de precios ofertados para las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo durante el segundo semestre de 2013.
 - Nivel de reservas hidráulicas correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en las cuatro últimas semanas de los años 2011, 2012 y 2013.
 - Energía programada en el Programa Diario Base de Funcionamiento (contratación bilateral y casación del mercado diario) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2011 y 2013 (años con nivel de reservas comparable).
 - Energía programada en P48 (todos los segmentos del mercado) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2011 y 2013 (años con nivel de reservas comparable).

- Energía programada en P48 (todos los segmentos del mercado) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2012 y 2013 (años con nivel de reservas diferente).
- Precios de cotización durante los meses de noviembre y diciembre de 2013 en OMIP del producto carga base correspondiente al primer trimestre de 2014.

La incorporación de estos documentos al procedimiento fue notificada a Iberdrola Generación mediante escrito de 22 de julio, recibido por Iberdrola Generación el 25 de julio.

DÉCIMO.- Solicitud de [COMERCIALIZADOR-1] de reconocimiento de la condición de interesado.

El 24 de julio de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Comercializador-1 por el que solicita se le tenga como interesado en el procedimiento SNC/DE/46/14.

Esta solicitud fue desestimada el 15 de septiembre de 2014. La notificación de esta decisión fue recibida por [Comercializador-1] el día 29 de septiembre.

UNDÉCIMO.- Nueva vista del expediente por Iberdrola Generación y presentación de nuevo escrito de alegaciones.

El 28 de julio de 2014 Iberdrola Generación compareció nuevamente en la CNMC para tomar vista del expediente administrativo. El 5 de agosto de 2014 presentó en el Registro de la CNMC un nuevo escrito de alegaciones. En este nuevo escrito, Iberdrola Generación afirma que *“entre la nueva documentación incorporada sigue sin constar valoración alguna que sustente la imputación que se hizo a Iberdrola Generación en el acuerdo de iniciación del procedimiento”*.

Asimismo, Iberdrola Generación expone que *“La CNMC, en sendos informes de 7 de enero y 10 de julio de 2014, se ha pronunciado acerca de las circunstancias que concurrieron en el mercado eléctrico en las semanas previas a la celebración, el día 19 de diciembre de 2013, de la 25ª subasta CESUR, subasta cuyo resultado no fue validado por esa Comisión en resolución dictada el día 20 de diciembre de 2013”, y que, en concreto, “En su informe de enero, la CNMC consideró que concurrían una serie de circunstancias atípicas que aconsejaban no validar la subasta”, y que “El Informe de 10 de julio de 2014 insiste en imputar el incremento de precios en el mercado OTC a una “concatenación de hechos”, descartando que ello obedeciera a estrategias coordinadas entre los distintos agentes, sin atribuirlo tampoco al comportamiento singular de alguno de ellos”*.

Considera Iberdrola Generación que, por todo ello, *“procede acordar sin mayores trámites el archivo del expediente sancionador, poniendo fin de modo inmediato a una situación que afecta gravemente a la reputación de Iberdrola Generación”*.

DUODÉCIMO.- Solicitud de [PARTICULAR] de reconocimiento de la condición de interesado.

El 19 de agosto de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] por el que solicita se le tenga como interesado en el procedimiento de SNC/DE/46/14. Esta solicitud fue desestimada el 26 de septiembre de 2014.

Contra la desestimación, [Particular] presentó recurso de alzada en el Registro de la CNMC el 31 de octubre de 2014, que fue desestimado por la Sala de Supervisión Regulatoria el 11 de diciembre de 2014.

DÉCIMO TERCERO.- Solicitud de [COMERCIALIZADOR-2] de reconocimiento de la condición de interesado.

El 20 de noviembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de [Comercializador-2] por el que solicita se le tenga como interesado en el procedimiento de SNC/DE/46/14. Esta solicitud fue desestimada el 25 de noviembre de 2014.

DÉCIMO CUARTO.- Solicitud de información efectuada por ACER.

El 18 de diciembre de 2014 se recibió en la CNMC escrito del Director del Departamento de Supervisión del Mercado de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER). Por medio de este escrito, y con relación a la comunicación efectuada por la CNMC al citado Organismo el 17 de junio de 2014, se requería se remitiera copia de los siguientes documentos: acuerdo de incoación, alegaciones del partícipe en el mercado y Propuesta de Resolución cuando la misma estuviera disponible.

Con respecto a los dos primeros documentos solicitados, el requerimiento fue cumplimentado mediante escrito de 14 de enero de 2015.

Con respecto al tercero de los documentos, el requerimiento fue cumplimentado el 21 de mayo de 2015.

DÉCIMO QUINTO.- Propuesta de Resolución.

El 6 de marzo de 2015 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador. De forma específica, por medio de dicho documento, se propuso adoptar la siguiente resolución:

*“Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía
ACUERDA PROPONER
A la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente
para resolver el presente procedimiento sancionador, que:*

PRIMERO.- Declare que la empresa IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.a).15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de una manipulación fraudulenta llevada a cabo mediante el incremento del precio de las ofertas de las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo, entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 25.000.000 (veinticinco millones) euros.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Iberdrola Generación el 9 de marzo de 2015, confiriendo a dicha empresa plazo de quince días para alegaciones.

DÉCIMO SEXTO.- Vista del expediente por Iberdrola Generación y alegaciones con respecto a la Propuesta de Resolución.

El 12 de marzo de 2015 Iberdrola Generación accedió nuevamente al expediente administrativo, recibiendo copia de los documentos contenidos en el mismo.

El 23 de marzo de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Iberdrola Generación solicitando ampliación del plazo de quince días conferido. La ampliación de plazo fue concedida el 23 de marzo de 2015.

El 8 de abril de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Iberdrola Generación, que esta empresa efectúa con respecto a la Propuesta de Resolución. A modo de resumen ejecutivo de sus alegaciones, Iberdrola Generación manifiesta lo siguiente:

“En esta tesitura, y apartándose del análisis que la Sala de Supervisión Regulatoria había hecho sobre las causas de lo acontecido en las últimas semanas de 2013, el Director de Energía acordó la apertura de un expediente sancionador a Iberdrola Generación porque, a su entender, las ofertas de ciertas centrales hidráulicas habían sido demasiado altas e Iberdrola Generación había llevado a cabo una manipulación en el mercado. No dio más detalles (y, con ello, vulneró el derecho de defensa de Iberdrola Generación).

Es solo ahora, en la propuesta de resolución, cuando se explica en qué ha consistido esa manipulación. En realidad, el Director de Energía entiende que la Sala de Supervisión Regulatoria estaba equivocada; la causa del incremento del precio del mercado en las últimas semanas de 2013 no fue la indisponibilidad de algunas centrales, la baja eolicidad e hidraulicidad, el súbito incremento del precio del gas o el crecimiento de la demanda por las bajas temperaturas como la Sala había dicho. Fue el precio de las ofertas de algunas centrales hidráulicas de Iberdrola Generación el que, según el Instructor causó tal incremento.

En el presente escrito demostraremos que en realidad es el Director de Energía el que está profundamente equivocado.

En un plano estrictamente jurídico, porque para que exista una manipulación fraudulenta sancionable no puede acudirse a la normativa comunitaria que cita la propuesta de resolución. Iberdrola Generación solo puede ser sancionada por infracción de la Ley del Sector Eléctrico, y para que exista una "manipulación fraudulenta" del precio del mercado que sea sancionable es preciso (como ha declarado la Audiencia Nacional): (i) que se haya interferido en el proceso de formación del precio en el mercado de la electricidad (lo que aquí no ha acontecido); (ii) que en esa interferencia haya mediado engaño, fraude o algún artificio (lo que el Director de Energía ni siquiera dice que haya sucedido); y (iii) que haya habido intención de alterar el precio del mercado y capacidad para hacerlo (que no la hay, aunque el Director de Energía la dé por supuesta, sin mayor explicación).

Así pues, aun cuando los hechos imputados por el Director de Energía fueran ciertos, no concurre ni uno solo de los tres elementos del tipo infractor de "manipulación fraudulenta" del precio del mercado que es preciso se den simultáneamente.

Además, demostraremos que los hechos en que se basa el Director de Energía no son correctos, son insuficientes o sesgados y, en cualquier caso, no sirven para probar lo que el Director de Energía debería probar para sancionar a un productor de electricidad por manipulación fraudulenta del mercado.

Así, demostraremos que el comportamiento de Iberdrola Generación es perfectamente explicable a la luz de las técnicas habituales de gestión de las centrales hidroeléctricas: Iberdrola Generación consideró todas las circunstancias concurrentes (estado de los embalses, previsiones de lluvia, precio de las tecnologías sustitutivas, restricciones medioambientales y límites técnicos de funcionamiento de las centrales), y decidió incrementar el precio de sus ofertas en un momento en el que la gestión prudente del recurso lo aconsejaba.

Eso sucedió a partir del día 9 de diciembre, es decir, diez días después de que el precio de la electricidad hubiera empezado a incrementarse (30 de noviembre) y un día después de que hubiera alcanzado el máximo del periodo analizado (el día 1 de diciembre). Hasta ese día, su producción había seguido la misma línea que en semanas anteriores.

Por lo tanto, es virtualmente imposible que el precio del mercado haya subido por la reducción de la programación de las centrales de Iberdrola Generación, si esa reducción tuvo lugar después de que el precio de mercado alcanzara sus máximos. Debían ser (fueron, sin duda) otros factores los que causaran tal efecto.

No solo el comportamiento de Iberdrola Generación es razonable y explicable; es que lo que dice el Director de Energía, en su intento de demostrar que no lo es, no se sostiene: no puede compararse la gestión de las centrales en 2013 con la de 2011 y 2012, ya que la situación (evolución de las reservas, precio del gas) era muy diferente en uno y otro año; y no puede defenderse (con un mínimo de seriedad y a poco que se conozca la operativa de este tipo de instalaciones), que la única referencia del dueño de una central hidráulica para fijar el precio de sus ofertas es el precio de OMIP.

Finalmente, el análisis de los "beneficios" obtenidos por Iberdrola Generación es inconsistente. No sólo porque los parámetros para calcularlos son contradictorios con el contenido de la acusación, sino porque olvidan un elemento fundamental. Iberdrola Generación (entendiendo por tal, a partir de ahora y a estos efectos, a Iberdrola

Generación España, S.A.U. y a sus filiales) tenga, en el periodo analizado, una posición neta compradora, por lo que no solo no tenía capacidad para subir el precio del mercado (no tiene posición pivotal en el periodo analizado), sino que tampoco tenía incentivos para hacerlo: los supuestos beneficios obtenidos con el incremento del precio (estimados por el Director de Energía en 22 millones de euros), no compensaban ni el mayor coste de adquisición por la comercializadora libre del grupo (estimados en [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] por el perito designado por Iberdrola Generación) ni el menor ingreso derivado de la reducción de la producción de las centrales objeto del expediente.”

En el escrito de alegaciones presentado, Iberdrola Generación solicita la práctica de las siguientes pruebas:

“OTROSÍ DIGO que de conformidad con el artículo 80 de la LRJPAC, mi representada solicita el recibimiento a prueba del proceso, acordándose la práctica de los siguientes MEDIOS DE PRUEBA:

(i) Pericial: consistente en el Dictamen de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], de CONSULTORA que se adjunta como Documento 2.

(ii) Testifical de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], a los efectos de lo dispuesto en el artículo 347.1.1º,2º,3º,4º y 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en el proceso administrativo).

(iii) Pericial: consistente en el Dictamen Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] y Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], profesores del [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] de UNIVERSIDAD que se adjunta como Documento 3.

(iv) Testifical de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] y Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] a los efectos de lo dispuesto en el artículo 347.1.1º,2º,3º,4º y 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(v) Documental: que se incorpore al expediente administrativo la siguiente información, de la que se ha de dar traslado a esta parte para valoración y alegaciones:

(a) Metodología empleada en el Hecho Probado Sexto para calcular el supuesto beneficio obtenido por Iberdrola Generación con sus centrales (metodología que no ha podido ser replicada por Iberdrola Generación ni por Consultora).

(b) Si no se pone a disposición de Iberdrola Generación la citada metodología, se solicita al Director de Energía que realice los cálculos del supuesto beneficio con las siguientes premisas:

- Se considera el impacto de los tributos aprobados por la Ley 15/2012.
- Se excluye desde el 30 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2013 ya que, según el propio Director de Energía, la menor programación de las Centrales Investigadas tuvo lugar entre el 6 y el 23 de diciembre.
- Se excluye la electricidad en los momentos en los que el precio de mercado fue inferior a 80€/MWh, precio considerado por el Director de Energía como referente de las ofertas de las Centrales Investigadas en el periodo analizado.

- *Se excluyen las demás horas en las que cada una de las Centrales Investigadas produjeron efectivamente electricidad (con lo que no existió la "retirada" de capacidad de la que se acusa a Iberdrola Generación).*
- *Se incluye cuantificación del mayor precio pagado por Iberdrola Generación en concepto de compra de electricidad en el mercado en el periodo investigado, considerando un precio medio de compra de 80€/MWh, siguiendo la misma metodología empleada por el Director de Energía en el Hecho Probado Sexto para calcular los supuestos beneficios obtenidos por Iberdrola Generación con sus centrales inframarginales.*

(c) Simulación de la evolución del precio de mercado en el año 2014 y primeros meses de 2015 si Iberdrola Generación hubiera consumido en diciembre de 2013 toda el agua que el Director de Energía considera que debió haber empleado en caso de mantenerse las circunstancias existentes en el periodo investigado."

Iberdrola Generación adjunta a su escrito de alegaciones los siguientes documentos:

- Orden de 6 de octubre de 2010 del Ministro de Industria, Turismo y Comercio por la que se considera a Iberdrola Generación responsable de una infracción grave manipulación fraudulenta por las actuaciones seguidas en el período entre diciembre de 2007 y febrero de 2008 (Orden que fue anulada por la Audiencia Nacional).
- Informe de 8 de abril de 2015 de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] de Consultora, en relación con el procedimiento sancionador.
- Informe de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] y [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], del [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] de Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], sobre la gestión de la producción de una central hidroeléctrica.

Advertida la ausencia en ciertos cuadros o gráficos a los que se aludía en el escrito de alegaciones, el 9 de abril de 2015 se confirió a Iberdrola Generación plazo de subsanación de los defectos advertidos. Tras tomar vista de la documentación que se había presentado, Iberdrola Generación procedió a llevar a cabo la subsanación, presentando el 14 de abril de 2014 los gráficos que habían quedado omitidos.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Alegaciones adicionales de Iberdrola Generación.

El 16 de abril de 2014 Iberdrola Generación presentó en el Registro de la CNMC un escrito dirigido a la Sala de Competencia, en consideración a la intervención que la misma ha de tener en el marco de la resolución del procedimiento sancionador, al objeto de argumentar que la Propuesta de

Resolución formulada implica que se pretendería sancionar lo que Iberdrola Generación califica de “*comportamientos transparentes de operadores sin posición de dominio en el mercado que la normativa sobre competencia no sólo no considera lesivos para el bien jurídico protegido por la misma sino que, todo lo contrario, resultan importantes para el mantenimiento de la libre competencia y la libre formación de precios en el mercado*”.

DÉCIMO OCTAVO.- Elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015, junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

DÉCIMO NOVENO.- Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias.

El 16 de julio de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó, en el marco de lo establecido en el artículo 20.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, lo siguiente:

“PRIMERO.- Tener por aportado al procedimiento los informes de [CONSULTORA] y de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [--] [FIN CONFIDENCIAL] que se adjuntan al escrito de alegaciones que fue presentado por Iberdrola Generación con respecto a la Propuesta de Resolución.

SEGUNDO.- No haber lugar a la práctica de las pruebas testificales solicitadas.

TERCERO.- Con respecto a la práctica de las denominadas pruebas documentales, sin perjuicio de las consideraciones contenidas en el fundamento de derecho IV de este Acuerdo, incorporar como actuaciones complementarias los anexos I y II.

CUARTO.- Conferir a Iberdrola Generación, S.A.U. el plazo de siete días previsto en el artículo 20.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, para que aporte las alegaciones que estime convenientes en relación con la documentación que se anexa a este Acuerdo.”

Al Acuerdo adoptado se adjuntaban los siguientes documentos:

- *Anexo 1:* Cálculo alternativo del beneficio derivado de la conducta (realizado mediante la adaptación de las operaciones contenidas en la Propuesta de Resolución a las premisas planteadas por Iberdrola Generación en sus alegaciones).
- *Anexo 2:* Simulación del precio del mercado en 2014 y primeros meses de 2015 bajo la premisa de que se hubiera consumido en diciembre de 2013 la cantidad de agua que la Propuesta de Resolución plantea que se debería haber consumido.

VIGÉSIMO.- Alegaciones de Iberdrola Generación con respecto al Acuerdo de actuaciones complementarias.

Tras solicitar el 22 de julio de 2015 ampliación de plazo de alegaciones (ampliación que le fue conferida por Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 23 de julio de 2015), Iberdrola Generación presentó el día 30 de julio de 2015 alegaciones en relación con el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias.

Iberdrola Generación adjunta a estas alegaciones un nuevo informe de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL], de CONSULTORA, de fecha 29 de julio de 2015, en el que se hace valoración del Acuerdo de actuaciones complementarias adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Informe del Consejo de Reguladores del MIBEL.

El día 3 de noviembre de 2015 se solicitó por la CNMC al Consejo de Reguladores del MIBEL el informe previsto en el artículo 11.2.b) del Convenio internacional de Santiago de Compostela, de 1 de octubre de 2004, relativo a la constitución del MIBEL. El informe solicitado fue evacuado por las entidades de supervisión que conforman dicho Consejo de Reguladores, de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 11 del mencionado Convenio internacional.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de esta Comisión, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia, con fecha 19 de noviembre de 2015, emitió informe sin observaciones al presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, y valorando, en particular, el contenido de la Propuesta de Resolución y las alegaciones hechas por Iberdrola Generación con respecto a la misma, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento los siguientes:

PRIMERO.- Iberdrola Generación incrementó sensiblemente a partir del 30 de noviembre de 2013 el precio de las ofertas correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo, hasta el punto que redujo considerablemente la programación de estas unidades. Esta

reducción en la producción, que a partir del 6 de diciembre es muy notable, se produjo pese a los elevados precios que se estaban marcando por el mercado de contado.

Durante el mes de noviembre de 2013, la energía que venía ofertando Iberdrola Generación correspondiente a las centrales hidráulicas de Duero, Sil y Tajo por debajo de 90 €/MWh suponía unos 85 GWh diarios, de los cuales un volumen en torno a 35 GWh (que se ofertaba por debajo de 70 €/MWh) resultaba despachado en el mercado de contado (a este respecto, en este punto, y a lo largo de la presente Resolución, se incluye como parte de esta energía la contratación bilateral, refiriéndose al conjunto como “programa diario”¹), estando los precios medios diarios en el entorno de los 45-55 €/MWh. La energía ofertada a más de 70 €/MWh, que suponía un volumen entorno a los 40-50 GWh, quedaba sin casar.

El 30 de noviembre de 2013, cuando todavía el precio de mercado diario (53 €/MWh) era similar al precio de los días previos, los precios de las ofertas de las centrales de Iberdrola correspondientes a Duero, Sil y Tajo sufren un incremento, que continúa produciéndose de forma progresiva los días siguientes, y que se mantiene luego durante el resto del mes de diciembre de 2013. Por virtud de ese incremento, entre el 1 y el 23 de diciembre, la energía ofertada por debajo de 70 €/MWh se reduce a un promedio de 13 GWh, frente a los 78 GWh de media en noviembre de 2013; y la energía ofertada a más de 90 €/MWh pasa a ser de unos 105 GWh de promedio diario, frente a los 41 GWh de promedio diario en noviembre.

La mayor parte de esta energía quedó así ofertada por encima del precio del mercado diario y, por tanto, fuera de la casación, y ello a pesar del incremento que iba sufriendo el precio del mercado diario (desde los 53 €/MWh del 30 de noviembre hasta promedios diarios cercanos a los 80-90 €/MWh entre el 12 y el 21 de diciembre).

DIA	OFERTA DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)								OFERTA NO DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)								Prec mercado (€/MWh)	
	<50*	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100	100-110	110-120	<50	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100	100-110	110-120		>120
01 nov	21,2	2,5							11,1	22,3	12,5		11,5				39,5	45,2

¹ Se ha denominado “programa diario” como aquel constituido por la negociación bilateral física junto con la negociación en el mercado diario del Mercado Eléctrico Ibérico – zona española. La negociación bilateral física corresponde a transacciones bilaterales físicas entre agentes que no incorporan precio y que resultan despachadas siempre con carácter general, al margen de la casación del mercado diario, por lo que, a los efectos de esta Resolución se han agrupado con el resto de ofertas realizadas al mercado diario a precio aceptante.

DIA	OFERTA DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)								OFERTA NO DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)								Prec mercado (€/MWh)	
	<50*	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100	100-110	110-120	<50	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100	100-110	110-120		>120
02 nov	23,0	0,8							9,2	25,8	14,5		1,3				41,1	36,5
03 nov	28,0	0,6							17,5	18,7	7,6		1,3				39,1	41,6
04 nov	14,1								31,2	19,9	13,0		3,2				39,3	16,0
05 nov	17,0	2,9							24,8	16,9	12,9		3,2				37,0	29,7
06 nov	42,0	5,3	0,3						12,0	9,1	7,0		3,2				38,6	48,8
07 nov	49,5	2,6							12,9	7,7	2,7		3,2				38,7	50,4
08 nov	36,9								7,6	25,2	7,9	1,4	3,2	0,8			36,2	42,4
09 nov	18,0								21,7	34,8	7,7	1,4	3,2				38,8	38,0
10 nov	16,6								23,6	35,4	2,7	1,4	3,2				40,3	22,3
11 nov	36,8	0,6							16,9	20,9	2,4	1,4	3,2				33,7	39,6
12 nov	42,2	0,3							19,5	14,5	1,2	1,4	3,2				35,8	44,4
13 nov	24,3								29,5	20,1	2,7	1,4	3,2				34,5	37,2
14 nov	23,7								31,7	20,2	1,9	1,4	3,2				35,4	32,6
15 nov	22,9								30,8	26,0	1,7	1,1	3,2				40,4	30,8
16 nov	29,1								35,1	17,2		1,0	3,2				37,2	42,8
17 nov	36,6	4,5							17,0	23,0	1,0		3,2				40,3	48,0
18 nov	37,8								19,0	22,8	1,1		1,8				40,8	45,2
19 nov	23,6								30,9	24,6	1,2		1,8				41,1	35,4
20 nov	41,3	6,5							12,7	18,3	1,1		1,8				45,4	48,1
21 nov	37,3	3,8							15,4	20,7	1,1		3,2	1,1			47,6	47,1
22 nov	46,4	6,0							9,4	19,9	4,9		3,2	1,1			41,6	49,7
23 nov	29,1	5,9							14,5	33,6	2,3		3,2	0,5			44,0	46,0
24 nov	16,7	0,5							23,6	38,7	3,9		2,7				45,9	35,9
25 nov	35,6	2,9							12,2	31,8	3,5		3,6		1,1		37,7	40,7
26 nov	38,2	1,5							11,8	32,0	3,4		3,6		1,1		39,5	46,0
27 nov	35,5	7,1	1,4						6,2	24,8	13,5	2,6					43,9	48,5
28 nov	30,8	9,2	0,3						0,9	12,2	24,9	2,9					56,3	55,9
29 nov	33,4	15,8	1,9						0,7	12,0	15,6	6,1					49,1	56,6
30 nov	9,8		0,8								13,8	31,1	21,4	2,1			55,8	53,0
01 dic	9,4		2,0	5,6							14,4	34,4	14,6				54,4	49,7
02 dic	15,0		3,4	11,5	5,7						5,3	17,3	20,3				53,5	69,9
03 dic	15,5		0,2	19,9	12,7	1,4					0,6	8,4	12,2	7,5			53,6	81,5
04 dic	17,2		0,4	24,1	14,4	3,9						2,7	5,9	10,3			53,2	87,6
05 dic	17,6			13,3	13,4	0,2						7,7	13,1	13,9			52,9	80,3
06 dic	8,5			13,1	1,9							14,9	24,6	14,1			60,0	72,4
07 dic	10,4				6,3	8,0	3,2	0,5					14,2	22,5	9,5	7,7	54,6	86,4
08 dic	12,7				13,1	9,3	1,9	0,2					6,0	21,2	10,7	7,9	53,7	93,1
09 dic	12,1				11,4	8,2	0,1						8,3	22,3	12,6	8,2	53,8	85,7
10 dic	13,5					5,6	0,6							17,6	25,5	12,7	54,3	86,7
11 dic	10,9						0,3							20,8	22,9	19,8	58,2	69,8
12 dic	11,0						8,1	2,0						13,0	20,9	20,2	57,7	87,6
13 dic	11,9						8,5							11,7	22,8	20,3	57,2	90,4
14 dic	9,9						3,8	2,6						17,5	20,2	20,3	60,8	80,5
15 dic	10,2						1,9	0,6						19,4	22,2	20,3	60,5	74,8
16 dic	11,6						1,8							18,9	30,3	16,6	55,1	75,3
17 dic	11,6						13,2	6,7	0,3					7,5	16,1	20,1	59,0	91,5
18 dic	11,5						8,1	0,2						13,0	20,9	20,3	59,0	91,9
19 dic	11,7						0,2							20,8	21,0	20,4	58,6	73,1
20 dic	11,4						0,8							19,9	21,7	20,4	58,5	56,3

DIA	OFERTA DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)							OFERTA NO DESPACHADA en el programa diario (GWh) por banda de precio (€/MWh)							Prec mercado (€/MWh)			
	<50*	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100	100-110	110-120	<50	50-60	60-70	70-80	80-90	90-100		100-110	110-120	>120
21 dic	11,4					2,1								19,3	22,7	20,5	60,1	80,8
22 dic	10,8					1,1	0,4							20,5	22,4	20,5	61,9	71,6
23 dic	11,9													21,9	22,7	20,5	60,8	60,8
24 dic	8,5													22,7	22,8	20,5	64,4	9,2
25 dic	5,6							0,7						23,6	22,8	20,5	65,6	5,4
26 dic	14,6							4,0						23,6	22,8	20,5	53,4	12,8
27 dic	13,6							2,8						22,8	22,8	20,6	56,2	14,2
28 dic	29,5							1,2						23,6	22,8	20,8	41,2	22,6
29 dic	32,7					1,7								33,0	23,2	9,8	38,6	41,2
30 dic	29,2													34,7	23,2	9,8	44,5	45,4
31 dic	30,6							0,9						34,7	23,2	9,8	42,1	24,3

Tabla 1. Cantidad de energía (GWh) ofertada en los días 1 de noviembre a 31 de diciembre de 2013 por Iberdrola Generación correspondiente a las unidades Duero, Sil y Tajo clasificada por oferta casada y no casada y por tramos de precio de sus ofertas (Eur/MWh)

*Se incluye en la oferta por debajo de 50 €/MWh la energía vendida por dichas unidades en contratación bilateral, que se considera como una oferta precio-aceptante.

Fuente: CNMC

De forma particular, en la Tabla 1 puede apreciarse que el día 30 de noviembre de 2013 Iberdrola Generación pasó a ofertar, en el rango de precios 70-80 euros/MWh, una cantidad de 31,1 GWh; en el rango 80-90 euros/MWh, una cantidad de 21,4 GWh, y adicionalmente, en ese mismo día se ofertaron 2,1 GWh en el rango de 90-100 MWh, incrementando la energía ofertada a precios superiores a 100 euros/MWh hasta 55,8 GW. Ninguna de estas ofertas, realizadas el día 30 de noviembre para estas centrales de las unidades de Duero, Sil y Tajo por encima de los 70 euros/MWh (valor por encima del cual en el mes de noviembre no se había producido el despacho), resultó casada (el precio medio del mercado se mantiene en el entorno de los 55 euros/MWh que había venido marcando los días precedentes).

Pese a ello, el incremento de las ofertas por encima del rango de 70 euros/MWh se mantiene los días siguientes al 30 de noviembre, y, además, según van incrementándose los precios del mercado durante el mes de diciembre, Iberdrola Generación va elevando el precio de sus ofertas (desplazándola a precios más altos hasta concentrarlas en el rango 100-120 euros/MWh) y reduciendo, de esta forma, la cantidad de energía casada.

En particular, este incremento progresivo y mantenido de las ofertas es especialmente relevante durante la primera y segunda semana de diciembre: Los días 5 y 6 de diciembre de 2013 resulta despachada en el programa diario, en términos generales, la mitad de la energía hidráulica ofertada por Iberdrola Generación en el rango 70-80 euros/MWh (unos 13 GWh). No obstante, el día

7 de diciembre de 2013 Iberdrola Generación no efectúa ya ofertas en ese rango 70-80, resultándole despachada sólo un tercio de la energía ofertada en el rango 80-90 euros/MWh (6,3 GWh); ahora bien, los días 8 y 9 de diciembre resulta despachado ya algo más de la mitad de lo ofertado en ese rango 80-90 (unos 12 GWh casados). A la vista de ello, el día 10 de diciembre abandona el citado rango 80-90, dejando de hacer ofertas en el mismo. Desde el día 10 diciembre, y hasta el día 23, apenas resulta despachada la energía ofertada en el rango 90-100 euros/MWh (con la excepción del día 17 de diciembre); sin embargo, la oferta de Iberdrola Generación se concentra durante todos esos días por encima del valor de 100 euros/MWh.

En definitiva, Iberdrola Generación reduce la programación de las unidades afectadas, circunstancia que se aprecia especialmente, de forma acusada, entre el 6 y el 23 de diciembre, manteniendo durante este período una reducción de la programación cuando los precios de mercado resultan notablemente superiores a los de las semanas previas e históricamente elevados, tal y como se aprecia en el gráfico siguiente.

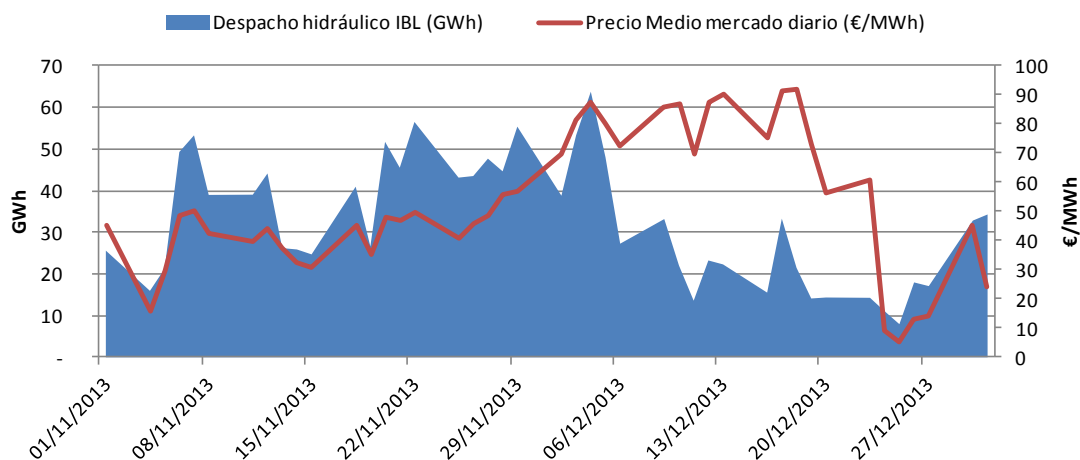


Gráfico 1. Volumen de oferta despachada en el programa diario (incluyendo bilaterales) de las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo (GWh) en noviembre y diciembre de 2013

Nota: Se muestran únicamente los días laborables por eliminar las variaciones asociadas al despacho de los fines de semana

Fuente: CNMC

DIA	Energía despachada (GWh)	oferta no despachada (GWh)	Precio mercado diario euro/MWh
viernes 01 nov	23,7	96,9	45,2
sábado 02 nov	23,8	91,9	36,5
domingo 03 nov	28,6	84,3	41,6

DIA	Energía despachada (GWh)	oferta no despachada (GWh)	Precio mercado diario euro/MWh
lunes 04 nov	14,1	106,6	16,0
martes 05 nov	19,8	94,8	29,7
miércoles 06 nov	47,6	69,9	48,8
jueves 07 nov	52,0	65,1	50,4
viernes 08 nov	36,9	82,3	42,4
sábado 09 nov	18,0	107,5	38,0
domingo 10 nov	16,6	106,5	22,3
lunes 11 nov	37,4	78,5	39,6
martes 12 nov	42,5	75,6	44,4
miércoles 13 nov	24,3	91,4	37,2
jueves 14 nov	23,7	93,7	32,6
viernes 15 nov	22,9	103,2	30,8
sábado 16 nov	29,1	93,6	42,8
domingo 17 nov	41,1	84,5	48,0
lunes 18 nov	37,8	85,5	45,2
martes 19 nov	23,6	99,6	35,4
miércoles 20 nov	47,8	79,4	48,1
jueves 21 nov	41,1	89,2	47,1
viernes 22 nov	52,4	80,1	49,7
sábado 23 nov	35,0	98,1	46,0
domingo 24 nov	17,2	114,7	35,9
lunes 25 nov	38,6	90,0	40,7
martes 26 nov	39,7	91,4	46,0
miércoles 27 nov	44,0	91,1	48,5
jueves 28 nov	40,2	97,3	55,9
viernes 29 nov	51,1	83,6	56,6
sábado 30 nov	10,6	124,2	53,0
domingo 01 dic	17,0	117,8	49,7
lunes 02 dic	35,6	96,4	69,9
martes 03 dic	49,7	82,3	81,5
miércoles 04 dic	59,9	72,2	87,6
jueves 05 dic	44,6	87,7	80,3
viernes 06 dic	23,4	113,6	72,4
sábado 07 dic	28,3	108,5	86,4
domingo 08 dic	37,2	99,5	93,1
lunes 09 dic	31,7	105,2	85,7
martes 10 dic	19,8	110,1	86,7
miércoles 11 dic	11,2	121,6	69,8
jueves 12 dic	21,1	111,8	87,6
viernes 13 dic	20,3	112,0	90,4
sábado 14 dic	16,3	118,9	80,5
domingo 15 dic	12,7	122,4	74,8
lunes 16 dic	13,4	121,0	75,3
martes 17 dic	31,7	102,7	91,5
miércoles 18 dic	19,7	113,3	91,9

DIA	Energía despachada (GWh)	oferta no despachada (GWh)	Precio mercado diario euro/MWh
jueves 19 dic	11,8	120,9	73,1
viernes 20 dic	12,2	120,5	56,3
sábado 21 dic	13,5	122,6	80,8
domingo 22 dic	12,2	125,3	71,6
lunes 23 dic	11,9	126,0	60,8
martes 24 dic	8,5	130,4	9,2
miércoles 25 dic	5,6	133,3	5,4
jueves 26 dic	14,6	124,4	12,8
viernes 27 dic	13,6	125,2	14,2
sábado 28 dic	29,5	109,6	22,6
domingo 29 dic	34,4	104,7	41,2
lunes 30 dic	29,2	112,3	45,4
martes 31 dic	30,6	110,8	24,3

Tabla 2. Volumen de oferta despachada y no despachada en el programa diario (incluyendo bilateral) de las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo (GWh) en noviembre y diciembre de 2013

Fuente: CNMC

Así, Iberdrola Generación, pese al incremento de los precios del mercado diario, redujo su volumen despachado desde los 51 GWh del día 29 de noviembre hasta cantidades inferiores incluso a los 20 GWh.

Ha de señalarse que los elevados precios del mercado diario se mantuvieron hasta el día 24 de diciembre de 2013, en que se produce un descenso de los precios del mercado, debido a una fuerte borrasca o ciclogénesis explosiva en la Península Ibérica, con rachas de viento de hasta 140 kilómetros por hora y lluvias de hasta 80 litros por metro cuadrado; la cual provocó que el precio del mercado se redujera por la fuerte aportación de renovables en el programa diario.

En el siguiente gráfico, que muestra la misma información contenida en las tablas anteriores, se puede ver cómo disminuye el tamaño de las bandas de energía correspondientes a las ofertas a precios más baratos despachadas (en color) y va aumentando el tamaño de las bandas de ofertas a precio más elevado no despachadas (en blanco y negro). De forma que casi 70 GWh de los 80 GWh diarios que se ofertaban a menos de 60 €/MWh acaban siendo sustituidos desde el 10 de diciembre por ofertas de más de 90 €/MWh que ya no resultan casadas.

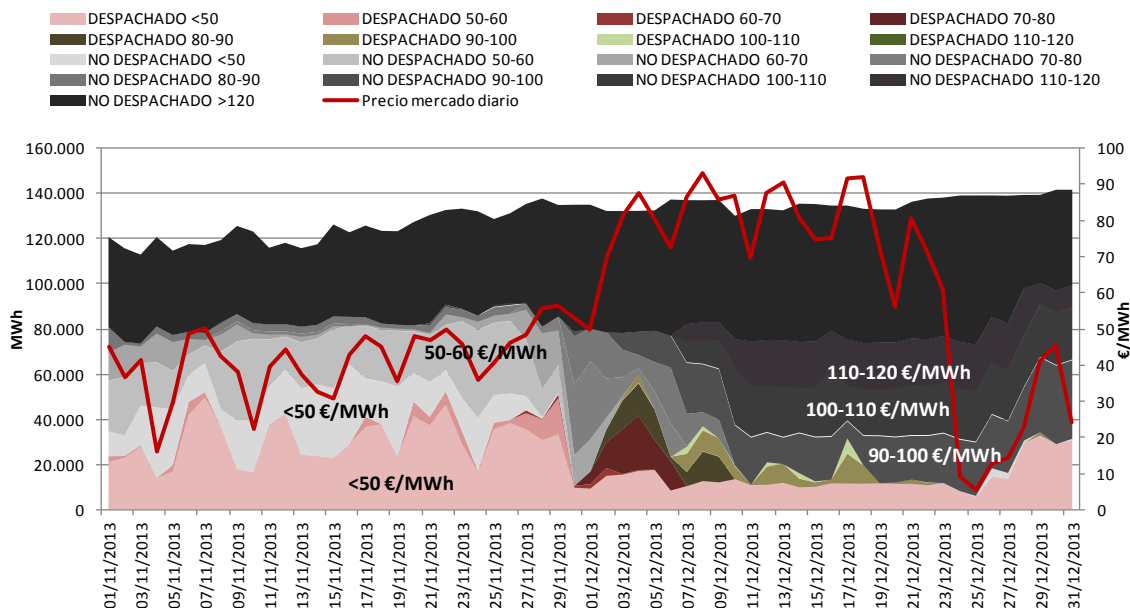


Gráfico 2. Cantidad de energía (GWh) ofertada entre los días 1 de noviembre a 31 de diciembre de 2013 por Iberdrola Generación correspondiente a las unidades Duero, Sil y Tajo clasificada por oferta despachada y no despachada y por banda de precio (Eur/MWh), junto con el precio del mercado diario (€/MWh)

Nota: se incluye en la oferta por debajo de 50 €/MWh la energía vendida por dichas unidades en contratación bilateral, que se considera como una oferta precio-aceptante.

Fuente: CNMC

El presente hecho probado (la reducción de la programación de las unidades de gestión hidráulica de Iberdrola Generación denominadas Duero, Sil y Tajo, que se prolonga en el tiempo durante unas tres semanas pese a lo elevado de los precios medios del mercado) resulta acreditado a la vista de las ofertas presentadas al mercado diario, y de la energía programada correspondiente a esas unidades; datos que fueron incorporados al procedimiento (folios 316 a 319 del expediente).

En cualquier caso, el incremento del precio de las ofertas de las centrales de referencia es un hecho que Iberdrola Generación no cuestiona; si bien, considera que de ello no se deriva una manipulación. Así, en el escrito de alegaciones presentado el 5 de agosto de 2014 afirma que *“mi representada sigue sin conocer realmente de qué se le acusa ya que, como se indicaba en el escrito de alegaciones al acuerdo de iniciación del expediente sancionador (al que nos remitimos), no sabe por qué incrementar el precio de las ofertas de algunas de sus centrales puede ser constitutivo de infracción administrativa”* (folio 329 del expediente, continuando en el 330).

Ahora bien, el presente hecho refleja no sólo una conducta de Iberdrola Generación consistente en el incremento del precio de las ofertas correspondientes a las centrales de referencia, sino una conducta que consiste en una elevación de precios que implica una menor programación de las centrales afectadas y que no acaece de forma puntual, sino que se produce de forma prolongada (en especial, entre el 6 de diciembre y el 23 de diciembre), cuando el contexto de casación del mercado es el de unos precios históricamente elevados, que justificarían una mayor programación y que permitirían obtener una alta retribución por las unidades que se programaran.

En este sentido, en la información aportada en el período de información abierto previamente al inicio del procedimiento, Iberdrola Generación viene a [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] (Folio 51 del expediente).

[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL].

SEGUNDO.- El nivel de reservas hidráulicas de los embalses correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo era superior al empezar el mes de diciembre de 2013 al que existía en años precedentes; este nivel superior se mantuvo durante el transcurso del mes de diciembre de 2013.

Al comenzar el mes de diciembre de 2013, el nivel de las reservas de los embalses correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo era superior al existente al comenzar diciembre de 2011, y notoriamente superior al existente al comenzar diciembre de 2012.

A lo largo de todo el mes de diciembre de 2013 los embalses correspondientes al Duero (los que cuentan con mayor reserva) dispusieron de un volumen de reservas ligeramente superior al existente en el mismo mes del año 2011 y el doble del que existió en el mismo mes de 2012. Las reservas de los embalses de Miño-Sil fueron también, a lo largo de diciembre de 2013, superiores a las de diciembre de 2011 y diciembre de 2012. Consideradas en promedio semanal, también las reservas de los embalses del Tajo (los que menor capacidad tienen) fueron superiores a lo largo del mes de diciembre de 2013 a las reservas de diciembre de 2011 y 2012 de estos mismos embalses:

Promedio semanal (GWh)	2011	2012	2013
Duero-semana 49	3.170	1.443	3.349
Duero-semana 50	3.101	1.420	3.237
Duero-semana 51	3.056	1.405	3.146
Duero-semana 52	3.056	1.493	3.129
Miño/Sil-semana 49	1.369	861	1.487
Miño/Sil-semana 50	1.347	851	1.393

Miño/Sil-semana 51	1.383	1.061	1.344
Miño/Sil-semana 52	1.372	1.193	1.302
Tajo-semana 49	642	533	652
Tajo-semana 50	568	506	588
Tajo-semana 51	554	478	578
Tajo-semana 52	531	481	579
Total (media Duero-Sil-Tajo)	1.679	977	1.732

Tabla 3. Promedio semanal de las reservas hidráulicas de Duero, Sil y Tajo (GWh) en las últimas semanas de los años 2011, 2012 y 2013

Fuente: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente

Este hecho de la existencia de mayores reservas hidráulicas en diciembre de 2013 resulta de los datos del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente sobre los niveles de reservas hidráulicas, incorporados al procedimiento (folio 320 del expediente). Cabe señalar que este dato, referido a Duero, Sil y Tajo, es en realidad congruente con el global de las reservas de los embalses del sistema español en esos años 2011, 2012 y 2013; es decir, notoriamente superior en diciembre de 2013 respecto a diciembre de 2012 y ligeramente superior en diciembre de 2013 respecto a diciembre de 2011:

	30nov2011	31dic2011	30nov2012	31dic2012	30nov2013	31dic2013
Reservas embalses anuales (GWh)	4.034	3.834	3.108	3.672	4.394	4.658
Reservas embalses hiperanuales (GWh)	6.153	5.856	3.438	3.407	5.960	6.009
Total reservas (GWh)	10.188	9.691	6.546	7.079	10.354	10.667
Llenado embalses anuales (%)	44,99	42,76	34,66	40,95	49,01	51,95
Llenado embalses hiperanuales (%)	64,29	61,19	35,92	35,60	62,27	62,78
Llenado total reservas (%)	54,95	52,27	35,31	38,19	55,85	57,54

Tabla 4. Reservas hidroeléctricas peninsulares

Fuente: Operador del Sistema (<http://www.ree.es/es/publicaciones/indicadores-y-datos-estadisticos/series-estadisticas>).

El hecho resulta también globalmente confirmado (para el conjunto de los embalses de Duero, Sil y Tajo) por [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL] :

[INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL]

Tabla 5. Valores diarios de reservas hidráulicas correspondientes a las unidades de producción hidráulica de Iberdrola Generación al comienzo de cada semana

Fuente: Información aportada por Iberdrola Generación en el período de información previa (folio 76 del expediente).

[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] Ahora bien, aparte de que el dato del producible no toma en cuenta la reserva de agua que está

acumulada en el embalse², ni, por tanto, la capacidad de generación que se puede obtener de la misma (el *equivalente en energía*), hay que señalar que la estrategia de elevación de precios seguida por Iberdrola Generación empieza a desarrollarse, conforme al hecho probado primero, el día 30 de noviembre de 2013, y, precisamente, los datos del producible de la primera semana de diciembre para el conjunto de las tres cuencas apenas son inferiores en 2013 a los de los años precedentes (son superiores para Duero y Sil aunque inferiores para Tajo), y su impacto puede considerarse muy reducido frente al volumen de reservas acumuladas.

[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]

Tabla 6. Valores diarios de producible hidráulico correspondiente a las unidades de producción hidráulica de Iberdrola Generación al comienzo de cada semana

Fuente: Información aportada por Iberdrola Generación en el período de información previa (folio 76 del expediente) sobre los datos de energía producible.

TERCERO.- El nivel de producción de las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo fue entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013 muy inferior al que tuvieron esas mismas unidades en el período equivalente de 2011, a pesar de que los ingresos medios que se obtenían en ese período de 2013 eran superiores, y a pesar de que el nivel de reservas de sus embalses en diciembre de 2013 era un 3% superior al que había en diciembre de 2011.

Entre el 1 de noviembre de 2013 y el 29 de noviembre de 2013, los ingresos medios obtenidos por Iberdrola Generación por la producción de las centrales de Duero, Sil y Tajo resultante del programa diario (que incluye la contratación bilateral –valorada a precio de mercado- y la casación del mercado diario) en términos generales no superaron los 60 euros/MWh, situándose en una media de 47,15 euros/MWh. Se trata de unos ingresos medios inferiores a los del mismo período de 2011 (54,16 euros/MWh).

	2011		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía Programa diario (MWh)	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía Programa diario (MWh)

² *Índice del producible hidráulico*: Cociente entre la energía producible y la energía producible media, referidas ambas a un mismo período y a un mismo equipo hidroeléctrico.

Energía producible: Cantidad máxima de energía eléctrica que teóricamente se podría producir considerando las aportaciones hidráulicas registradas durante un determinado período de tiempo y una vez deducidas las detracciones de agua realizadas para riego o para otros usos distintos de la producción de energía eléctrica.

	2011		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía Programa diario (MWh)	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía Programa diario (MWh)
1 nov	56,3	29.497,80	46,81	23.616,90
2 nov	51	20.779,00	45,76	23.582,70
3 nov	55,47	22.283,40	45,76	28.127,70
4 nov	67,4	36.364,80	20,39	14.055,30
5 nov	46,62	16.375,00	48,08	19.400,30
6 nov	45,98	16.782,10	55,88	47.367,10
7 nov	61,55	39.023,70	52,26	51.308,00
8 nov	54,83	30.697,20	45,13	36.929,80
9 nov	56,98	31.402,30	40,66	17.710,90
10 nov	53,69	28.191,50	32,45	16.087,60
11 nov	59,91	31.409,30	47,01	37.024,50
12 nov	50,38	25.129,00	48,86	42.131,40
13 nov	33,86	18.795,30	42,16	24.104,20
14 nov	52,54	41.742,30	37,09	23.724,20
15 nov	56,11	52.158,60	38,46	22.735,30
16 nov	58,62	51.380,40	44,08	28.806,30
17 nov	57,69	52.454,10	54,42	40.560,00
18 nov	51,07	47.802,70	47,77	37.220,00
19 nov	53,1	41.013,00	41,65	23.317,20
20 nov	51,13	34.180,20	55,21	47.421,70
21 nov	60,01	52.700,20	50,16	40.682,60
22 nov	51,76	49.149,30	53,44	51.931,20
23 nov	51,69	44.927,00	49,7	34.190,50
24 nov	54,81	46.113,50	45,11	17.170,60
25 nov	55,79	46.747,30	52,27	38.274,80
26 nov	53,56	44.555,30	51,29	38.655,10
27 nov	51,01	44.279,20	55,89	42.827,80
28 nov	60,85	49.914,90	60,15	39.830,00
29 nov	57,18	43.435,20	59,49	50.811,80
Promedio	54,16	37.561,50	47,15	33.089,84

Tabla 7. Ingresos medios y energía programada (programa diario) correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (1 noviembre - 30 noviembre; años 2011 y 2013)

Fuente:CNMC

El 30 de noviembre de 2013 Iberdrola Generación obtuvo con sus unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo un ingreso medio (55,19 euros/MWh)

prácticamente equivalente al del año 2011 (55,74 euros/MWh) a pesar de que produce menos de la quinta parte de la energía:

	2011		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía programa diario (MWh)	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía programa diario (MWh)
30 nov	55,74	53.779,90	55,19	10.514,50

Tabla 8. Ingresos medios y energía programada (programa diario) correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (30 de noviembre; años 2011 y 2013).

Fuente:CNMC

Entre el 1 de diciembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013 los ingresos medios de las unidades de Duero, Sil y Tajo se sitúan entre los 70 y los 100 euros/MWh, una cuantía considerablemente superior a la que se obtenía en el mismo período de 2011.

Ha de indicarse que los precios medios del mercado en diciembre de 2011 no superaron –salvo el día 19 de diciembre de 2011- los 60 euros/MWh (60,08 euros/MWh es el precio medio del día 19 de diciembre de 2011, el día de diciembre de 2011 en que el precio medio fue mayor); a diferencia de ello, los precios medios del mercado entre el 1 de diciembre y el 23 de diciembre de 2013 se sitúan (salvo dos días: el 1 de diciembre y el 20 de diciembre), muy por encima de los 60 euros/MWh, marcando habitualmente precios superiores a los 80 euros/MWh, y superiores incluso algunos días a los 90 euros/MWh (los días 8, 13, 17 y 18 se superan los 90 euros/MWh).

El día 24 de diciembre de 2013, los ingresos medios en el programa diario de las unidades de Duero, Sil y Tajo disminuyen drásticamente (11,69 euros/MWh).

Aunque tanto los precios del mercado como los ingresos medios de las unidades de Duero, Sil y Tajo son mucho más altos en 2013 que en 2011 (88,50€/Mwh frente a 55,87 €/Mwh respectivamente entre el 1 de diciembre y el 23 de diciembre), el despacho en el programa diario de Duero, Sil y Tajo en esos días de diciembre de 2013 es, de media, inferior a la de 2011 (y ello a pesar de que, como resulta del hecho probado segundo, las reservas de los embalses en diciembre de 2013 eran un 3% superiores a las de diciembre de 2011).

2011	2013
------	------

	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía programa diario (MWh)	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía Programa diario (MWh)
1 dic	55,47	51.869,90	69,64	16.796,30
2 dic	54,31	47.043,40	84,83	34.872,10
3 dic	61,07	45.867,70	88,91	48.845,50
4 dic	49,37	44.196,50	89,94	59.523,10
5 dic	54,6	48.544,40	86,49	43.872,80
6 dic	53,72	50.253,70	78,79	22.945,10
7 dic	58,04	42.791,80	101,11	27.573,30
8 dic	56,58	51.321,90	98,38	36.703,80
9 dic	55,94	44.748,90	93,69	30.809,60
10 dic	63,9	44.259,10	94,89	19.660,80
11 dic	54,1	31.273,00	80,95	11.231,80
12 dic	64,94	43.272,50	97,7	20.923,70
13 dic	53,3	31.166,40	97,04	20.111,80
14 dic	53,09	32.070,40	96,01	16.045,70
15 dic	52,9	32.913,90	88,42	12.476,10
16 dic	47,12	31.065,40	89,73	13.375,70
17 dic	54,1	33.909,70	103,16	31.166,60
18 dic	54,46	30.302,70	96,6	19.225,80
19 dic	66,57	45.518,40	83,86	11.849,80
20 dic	55,43	40.834,30	76,83	12.176,80
21 dic	55,99	36.312,60	88,01	13.188,50
22 dic	56,05	33.436,00	83,13	11.991,50
23 dic	54,12	34.946,90	67,57	11.923,60
Promedio	55,87	40.344,33	88,50	23.795,21

Tabla 9. Ingresos medios y energía programada (programa diario) correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (1 diciembre - 23 diciembre; años 2011 y 2013).

Fuente:CNMC

La conclusión es la misma si, junto a la energía bilateral (valorada a precio de mercado), y la energía casada en el mercado diario, se considera el global de la energía programada en los restantes segmentos del mercado (P48). Por tanto, tampoco cabría justificar la actuación de Iberdrola Generación entendiendo que su reducido despacho en el programa diario pretendía reservar unos recursos para ser negociados posteriormente en otros mercados de operación que pudieran ofrecer unos mayores ingresos a la empresa:

	2011		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48
30 nov	55,08	66.678,10	68,21	26.342,90
1 dic	57,86	48.450,80	68,43	20.512,40
2 dic	58,54	39.428,50	85,46	51.015,40
3 dic	63,41	44.336,50	88,84	65.689,00
4 dic	52,86	37.219,10	92,04	68.128,10
5 dic	63,15	39.898,40	89,84	43.905,30
6 dic	61,41	40.551,50	84,36	24.130,10
7 dic	64,67	41.103,80	102,05	39.112,00
8 dic	58,03	51.529,90	101,36	36.294,80
9 dic	56,55	55.812,50	96,28	43.151,60
10 dic	67,48	39.590,30	96,57	21.905,30
11 dic	55,14	42.158,20	89,57	18.532,70
12 dic	71,01	30.446,60	102,67	35.197,60
13 dic	57,89	20.579,80	101,58	34.820,20
14 dic	54,13	26.738,50	96,44	17.456,50
15 dic	52,18	35.881,40	88,53	12.596,10
16 dic	47,93	40.184,70	90,41	14.223,00
17 dic	54,91	34.291,90	104,61	36.900,80
18 dic	55,61	40.034,10	97,78	22.611,50
19 dic	66,31	47.423,00	84,31	13.516,10
20 dic	56,52	38.563,40	77,71	17.988,30
21 dic	56,96	33.258,80	93,78	20.540,50
22 dic	58,60	29.771,20	85,47	15.131,40
23 dic	58,18	35.181,60	67,96	15.280,90
Promedio	58,51	39.963,03	89,76	29.790,94

Tabla 10. Ingresos medios³ y energía programada (P48) correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (30 noviembre - 23 diciembre; años 2011 y 2013)

Fuente:CNMC

Este hecho probado resulta de la información incorporada al procedimiento sobre la liquidación de las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (folio 319 del expediente).

³ Se excluye los ingresos por banda secundaria y pagos por capacidad.

CUARTO.- El nivel de producción de las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013 fue inferior de media también al que tuvieron esas mismas unidades en el período equivalente de 2012, a pesar de que los ingresos medios que se obtenían en ese período de 2013 eran superiores a los de 2012, y a pesar de que el nivel de reservas de los embalses en diciembre de 2013 era prácticamente el doble del que había en diciembre de 2012.

Como se ha señalado, entre el 1 de noviembre de 2013 y el 30 de noviembre de 2013, los ingresos medios obtenidos por Iberdrola Generación por la producción de las centrales de Duero, Sil y Tajo resultante de la programación de los diferentes segmentos del mercado en términos generales no superaron los 60 euros/MWh. Esos ingresos medios fueron de nuevo menores a los del mismo período de 2012 (considerando la totalidad de energía programada –lo que constituye el Programa 48 ó P48-), fueron 50,96 euros/MWh de promedio entre el 1 de noviembre de 2012 y el 29 de noviembre de 2012 y 48,96 euros/MWh de promedio entre el 1 de noviembre de 2013 y el 29 de noviembre de 2013).

Entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013 los ingresos medios de las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo van creciendo progresivamente, según se produce el incremento de los precios del mercado, hasta alcanzar cifras del entorno de los 100 €/MWh, cifras muy superiores a las que existían en el mismo período de 2012 (valor medio de 89,76 €/MWh del 30 de noviembre al 23 de diciembre de 2013 frente a 55,64 €/MWh en el período equivalente del 2012)

Aunque los precios del mercado son más altos entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013 que en el período equivalente de 2012, la producción de Duero, Sil y Tajo en esos días de 2013 es, de media, incluso inferior a la de 2012 (y ello a pesar de que, como resulta del hecho probado segundo, las reservas de los embalses en diciembre de 2013 duplicaban a las de diciembre de 2012). Por tanto, no cabría aducir limitaciones medioambientales o necesidades del sistema como justificación por parte de Iberdrola Generación en diciembre de 2013 de una menor producción.

	2012		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48
30 nov	54,3	32.844,00	68,21	26.342,90
1 dic	54,88	26.394,20	68,43	20.512,40
2 dic	56,73	21.537,80	85,46	51.015,40
3 dic	64,02	26.638,30	88,84	65.689,00
4 dic	56,28	28.283,00	92,04	68.128,10
5 dic	56,31	33.858,60	89,84	43.905,30

	2012		2013	
	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48	Ingreso medio (EUR/MWh)	Energía (MWh) P48
6 dic	58,24	36.840,90	84,36	24.130,10
7 dic	58,33	41.791,20	102,05	39.112,00
8 dic	54,24	21.162,40	101,36	36.294,80
9 dic	63,3	27.210,20	96,28	43.151,60
10 dic	66,34	35.934,50	96,57	21.905,30
11 dic	88,46	41.972,90	89,57	18.532,70
12 dic	69,87	39.105,50	102,67	35.197,60
13 dic	54,97	20.340,10	101,58	34.820,20
14 dic	49,81	19.166,90	96,44	17.456,50
15 dic	38,79	19.104,40	88,53	12.596,10
16 dic	29,48	18.667,60	90,41	14.223,00
17 dic	66,03	27.241,70	104,61	36.900,80
18 dic	57,46	38.743,60	97,78	22.611,50
19 dic	54,63	43.692,90	84,31	13.516,10
20 dic	54,49	34.432,00	77,71	17.988,30
21 dic	45,29	35.924,90	93,78	20.540,50
22 dic	46,74	33.715,30	85,47	15.131,40
23 dic	36,53	31.566,40	67,96	15.280,90
Promedio	55,64	30.673,72	89,76	29.790,94

Tabla 11. Ingresos medios, considerando la totalidad de energía programada (P48) correspondientes a las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo (30 noviembre - 23 diciembre; años 2012 y 2013)

Fuente:CNMC

QUINTO.- Los precios marcados a finales de noviembre de 2013 y durante el mes de diciembre de 2013 por el mercado de futuros de OMIP para el primer trimestre de 2014 no eran superiores a los precios del mercado que se obtenían entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013.

[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]. Una referencia que permite cuantificar el coste de esta tecnología sustitutiva del agua en el medio y largo plazo es el precio del mercado organizado ibérico de futuros gestionado por OMIP (Operador del Mercado Ibérico-Polo Portugués) donde se negocia la energía eléctrica a plazo⁴. Los precios a los que se negocian los contratos a plazo en este mercado corresponden a predicciones de los precios medios spot que se realicen durante el período de liquidación de dichos contratos, es decir,

⁴ Si bien también se negocian en el mercado no organizado o mercado OTC, dado que las referencias de este último mercado no son públicas y que no existen apenas diferencias entre ambos mercados (se eliminarían por oportunidades de arbitraje), se opta por incluir las referencias públicas de OMIP.

reflejan el consenso de los agentes sobre la expectativa del precio de contado durante dicho período futuro.

Pues bien, en la semana previa al día 30 de noviembre de 2013 (el día 30 de noviembre fue sábado⁵), las cotizaciones en el mercado ibérico de derivados OMIP (Operador del Mercado Ibérico-Polo Portugués) con período de entrega en el primer trimestre de 2014 (Q1-14), carga base (FTB), se situaban en torno a 50 euros/MWh. Igualmente esos últimos días de noviembre de 2013 los precios medios del mercado diario estaban en el entorno de los 50 euros/MWh.

Día de cotización	Cotización productos a plazo				Precios mercado a contado
	OMIP Producto base Enero 2014	OMIP Producto base Febrero 2014	OMIP Producto base Marzo 2014	OMIP Producto base trimestral Q1-14	Precio medio OMIE (EUR/MWh)
25 nov 13	51,55	51,49	45,93	49,6	40,65
26 nov 13	52,4	52,05	45,68	49,98	46,02
27 nov 13	51,9	52,2	45,81	49,9	48,49
28 nov 13	52,01	52,31	45,9	50	55,86
29 nov 13	52,3	52,96	46,47	50,5	56,62
30 nov 13	-	-	-	-	53,02

Tabla 12. Cotizaciones (euros/MWh) de los contratos de futuros de OMIP, carga base (FTB), en el período del 25 al 29 de noviembre de 2013 con fecha de entrega el primer trimestre de 2014 (Folio 321 del expediente) frente a Precios medios del mercado diario OMIE

Fuente: CNMC, OMIE [<http://www.omie.es/files/flash/ResultadosMercado.swf>], OMIP

De este modo, al tiempo en que Iberdrola Generación empieza a elevar los precios de las unidades de Duero, Sil y Tajo, la expectativa de precios futura no era superior a los precios que se estaban obteniendo en el mercado diario.

Esta conclusión es aún más clara a lo largo del mes de diciembre, ante la subida de precios que experimenta el mercado de contado. A lo largo de las tres primeras semanas de diciembre, las cotizaciones de OMIP para el Q1-14, son claramente inferiores a los precios del mercado diario en esos días de diciembre; sin embargo, Iberdrola Generación va incrementando el valor de las ofertas dejando sólo 11 GWh por debajo del precio de casación de OMIE, y evitando la programación del resto. Frente a estos precios marcados por OMIP, los precios medios marcados por el mercado diario en el mes de diciembre (hasta el día 23) son considerablemente superiores, situándose por encima de los 80 euros/MWh (e incluso a los 90 euros/MWh) en trece de esos días. A

⁵ Los fines de semana no hay cotización en este mercado.

continuación se muestran los precios medios aritméticos del mercado diario frente los precios de futuros de OMIP, carga base (FTB), en el período del 2 al 23 de diciembre de 2013 para el primer trimestre de 2014. Estos valores se encuentran en el entorno de los precios de las transacciones realizadas en el mercado a plazo no organizado o mercado OTC 'Over The Counter', por lo que pueden considerarse representativos de las expectativas de los agentes en aquel periodo con carácter general.

Día de cotización	Cotización productos a plazo				Precios mercado a contado
	OMIP Producto base Enero 2014	OMIP Producto base Febrero 2014	OMIP Producto base Marzo 2014	OMIP Producto base trimestral Q1-14	Precio medio mercado diario OMIE (EUR/MWh)
2 dic 13	56,94	58,2	47,4	54,05	69,92
3 dic 13	56,95	56,8	49,09	54,2	81,51
4 dic 13	58,75	57,78	48	54,75	87,63
5 dic 13	58,75	57,5	46,8	54,25	80,26
6 dic 13	62	60,85	46,77	56,4	72,43
7 dic 13	-	-	-	-	86,37
8 dic 13	-	-	-	-	93,11
9 dic 13	61,55	60,75	46,43	56,1	85,76
10 dic 13	60,53	59,41	46,93	55,5	86,74
11 dic 13	60,47	59,36	46,89	55,45	69,78
12 dic 13	59,15	58,08	45,88	54,25	87,59
13 dic 13	60,08	58,99	46,6	55,1	90,44
14 dic 13	-	-	-	-	80,51
15 dic 13	-	-	-	-	74,84
16 dic 13	62,43	60,63	48,42	57,05	75,26
17 dic 13	63,5	60,5	47,47	57,05	91,48
18 dic 13	63,22	61,37	48,42	57,55	91,89
19 dic 13	63,75	62,75	50,57	58,9	73,06
20 dic 13	62,55	61,53	49,58	57,77	56,26
21 dic 13	-	-	-	-	80,82
22 dic 13	-	-	-	-	71,64
23 dic 13	56,68	55,66	47,64	53,25	60,77

Tabla 13. Cotizaciones (Euro/MWh) de los contratos de futuros de OMIP, carga base (FTB), en el período del 2 al 23 de diciembre de 2013 para el primer trimestre de 2014 (Folio 321 del expediente) frente al Precio medio aritmético del mercado diario (Euro/MWh) durante ese período. Durante los fines de semana no se produce negociación ni cotización de productos derivados

Fuente: CNMC, OMIE [<http://www.omie.es/files/flash/ResultadosMercado.swf>], OMIP

Ha de señalarse que la conclusión anterior se mantiene aun considerando un coeficiente de apuntamiento en atención a las horas del día que marcan los precios más elevados⁶.

A este respecto, la cotización más elevada del producto base de OMIP con período de entrega en el primer trimestre de 2014 se sitúa en el entorno de los 64 €/MWh (correspondiente al contrato con liquidación en enero de 2014). De acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, cabe aplicar a dicho valor un coeficiente que refleje la relación existente entre los ingresos medios de las unidades hidráulicas y el precio medio aritmético previsto del mercado diario, estimado en torno a 1,25 para el período comprendido entre los días 30 de noviembre a 23 de diciembre de 2013. Como resultado de este apuntamiento, se podría justificar que las unidades hidráulicas tenían un coste de oportunidad de unos 80 €/MWh, situándose este valor incluso por debajo de la retribución que hubiera podido obtener esta tecnología si hubiera decidido programar una mayor producción en diciembre de 2013.

Hay que tener en cuenta que esta estimación de lo que habría sido un despacho razonable basado en el coste de oportunidad del agua se hace tomando como referencia una expectativa de precio basada en el nivel más alto de todas las cotizaciones de los productos a plazo negociados en OMIP durante diciembre con vencimiento en el primer trimestre de 2014 (64 €/MWh); un valor que por otro lado implica una subida considerable respecto a los precios medios de los mismos productos a plazo negociados durante el mes de noviembre de 2013 (en el entorno de los 50 €/MWh)⁷.

En consecuencia, si la tecnología hidráulica hubiera mantenido una programación acorde a un despacho óptimo en diciembre de 2013 habrían desplazado al despacho de tecnología marginal en aquel momento, esto es, de centrales de ciclo combinado.

En resumen, el coste de las tecnologías de producción sustitutivas del agua gestionable a futuro, estimado como la expectativa de precios que podría percibir la tecnología hidráulica en el medio y largo plazo a través del mercado, no reflejaría un valor del agua superior a 80 €. Sin embargo, durante el periodo analizado, la práctica totalidad de la energía hidráulica de Iberdrola Generación fue ofertada por encima de los 90€/MWh, tal y como se ha indicado en el hecho

⁶ Los precios mostrados en las tablas anteriores (tanto los del mercado a plazo de OMIP como los de a contado de OMIE) corresponden a la media aritmética de los precios horarios del mercado diario en un período determinado (un día, un mes, un trimestre, etc.). Por tanto, incluyen tanto las horas de precios más bajos en el valle como las de precios más elevados en los momentos de mayor demanda. La generación hidráulica que tiene capacidad de gestionar sus embalses podría programar su energía despachando la energía gestionable en aquellas horas de precios más elevados, con el fin de optimizar la explotación de su recurso.

⁷ Cabe señalar que finalmente el precio del mercado mayorista al contado durante el primer trimestre de 2014 terminó siendo de 26,09 €/MWh.

probado primero, no resultando por tanto, aceptable la justificación realizada por la empresa en sus alegaciones.

Por otra parte, tampoco cabe entender que los elevados precios del gas registrados durante los últimos días de noviembre y primeros días de diciembre en los mercados internacionales, deban considerarse como una referencia de la tecnología sustitutiva del agua a futuro. [INICIO CONFIDENCIAL] [---] [FIN CONFIDENCIAL]. Este marcado carácter circunstancial, en el que confluyeron una serie de factores de manera excepcional, hacía insostenible que el precio del gas alcanzado en ese periodo pudiera mantenerse de manera continuada durante los meses siguientes.

Adicionalmente, los factores que confluyeron en el sector eléctrico durante diciembre, como la elevada indisponibilidad de las centrales nucleares o la reducida producción eólica excepcionalmente registrada, permitían asegurar que la situación del sector eléctrico no podría mantenerse durante los primeros meses de 2014. En este sentido, estaba previsto en los primeros meses de 2014, la total disponibilidad de las centrales nucleares⁸ así como una producción eólica elevada acorde a la media histórica, por lo que, en línea con lo que resulta habitual en los últimos años en el sector eléctrico, las centrales de ciclo combinado de gas no habrían resultado despachadas en el programa diario. En este sentido, cabe señalar que la reducción progresiva de la demanda junto con la mayor participación de las energías renovables, unido a los elevados precios relativos del gas, ha motivado que la programación de los ciclos combinados de gas en el programa diario sea inferior al 2% de su capacidad en los últimos años. Por tanto, incluso aun suponiendo que el precio del gas hubiera podido mantenerse en niveles tan elevados en los primeros meses de 2014⁹, su reflejo en el mercado diario hubiera sido irrelevante, y por tanto, su consideración como tecnología sustitutiva del agua habría carecido de sentido.

Todo ello viene a acreditar que el valor del agua en el periodo analizado era inferior al que reflejó Iberdrola Generación a través de las ofertas de sus unidades hidráulicas.

SEXTO.- Beneficio obtenido y efecto producido por la falta de casación

⁸ La Central Nuclear de Garoña presenta indisponibilidad por cese de actividad desde diciembre de 2012. La información sobre la disponibilidad de las centrales es aportada por el Operador del Sistema a los agentes en el Comité Técnico de Seguimiento de la Operación del Sistema Ibérico, que se realiza con frecuencia bimensual.

⁹ De hecho, los precios del gas en el Sur de Europa pasaron de los máximos de 40 €/MWh en diciembre de 2013 a valores en el entorno de los 29 €/MWh en el primer trimestre de 2014.

La retirada de la programación llevada a cabo por Iberdrola Generación con las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo ha provocado un incremento del precio del mercado diario (al implicar la casación de las centrales más caras en el orden de mérito), viéndose beneficiadas de dicho incremento las centrales inframarginales, de las que Iberdrola Generación es titular.

Si la oferta de energía hidráulica de Iberdrola Generación hubiera sido hecha a un coste de oportunidad no superior a la mejor expectativa futura de 80 €/MWh (correspondiente a la estimación del coste de oportunidad en base a la cotización del producto base de OMIP, ajustado teniendo en cuenta una optimización del recurso hidráulico¹⁰), la producción hidráulica habría desplazado a los ciclos más caros en el orden de mérito en aquellos días en que el precio del mercado diario se situó por encima de ese valor de 80 €/MWh (610 GWh de ciclo combinado despachados y ofertados por encima de 80 €/MWh, entre los días 30 de noviembre a 23 de diciembre) y habría reducido el precio de las horas punta del mercado diario de 87,8 €/MWh (ingreso medio del despacho de ciclos combinados entre los días 30 de noviembre a 23 de diciembre) a 80 €/MWh.

A continuación se muestran las ofertas de los ciclos combinados que entran programadas, donde se observa que en diciembre tienen que despacharse energías de ciclo combinado con ofertas superiores a 80 €/MWh, que provocan el aumento del precio de casación.

OFERTAS DE CICLOS COMBINADOS (GWh)					
DIA	despachadas		No despachadas		
	<80	80-120	<80	80-120	>120
viernes 01 nov	30,3		121,6	190,0	204,8
sábado 02 nov	29,8		117,1	182,3	217,3
domingo 03 nov	29,8		116,6	164,6	245,0
lunes 04 nov	23,8		116,5	242,6	172,8
martes 05 nov	24,8		127,9	235,8	176,7
miércoles 06 nov	29,7		133,0	234,1	177,4
jueves 07 nov	37,4		126,0	232,2	178,8
viernes 08 nov	28,3		132,1	239,1	175,0
sábado 09 nov	26,9		131,6	198,5	215,1
domingo 10 nov	21,9		121,6	177,5	234,2
lunes 11 nov	25,6		127,9	240,9	180,5
martes 12 nov	27,1		118,4	244,2	175,1
miércoles 13 nov	22,0		128,4	237,6	177,0
jueves 14 nov	28,1		117,6	245,3	180,9
viernes 15 nov	30,1		114,6	242,7	177,7
sábado 16 nov	38,9		98,6	205,4	212,7

¹⁰ Ver hecho probado anterior.

OFERTAS DE CICLOS COMBINADOS (GWh)					
DIA	despachadas		No despachadas		
	<80	80-120	<80	80-120	>120
domingo 17 nov	33,6		98,6	188,0	235,5
lunes 18 nov	39,0		100,5	253,8	162,3
martes 19 nov	39,4		91,4	248,0	166,6
miércoles 20 nov	56,2		77,6	247,8	164,1
jueves 21 nov	48,4		106,7	235,5	165,0
viernes 22 nov	40,0		117,0	240,7	167,5
sábado 23 nov	19,6		142,9	199,0	203,7
domingo 24 nov	19,4		141,1	184,5	220,4
lunes 25 nov	24,5		134,1	259,5	177,1
martes 26 nov	26,7		133,4	264,8	170,3
miércoles 27 nov	41,0		117,7	261,6	175,0
jueves 28 nov	53,0		105,8	257,9	178,7
viernes 29 nov	60,5		85,0	271,1	168,5
sábado 30 nov	29,2	0,1	99,7	219,4	216,4
domingo 01 dic	32,9		83,9	194,1	234,9
lunes 02 dic	80,5	0,4	51,5	236,4	186,7
martes 03 dic	115,6	0,0	3,7	233,8	212,5
miércoles 04 dic	57,7	49,6	0,5	223,2	234,5
jueves 05 dic	91,6	28,5	0,7	231,2	213,5
viernes 06 dic	25,3	2,9	6,9	257,9	272,6
sábado 07 dic	35,0	37,1	1,7	122,2	366,3
domingo 08 dic	34,1	31,6	0,4	134,1	362,0
lunes 09 dic	72,1	17,2	3,6	145,9	333,5
martes 10 dic	63,0	36,4	5,3	136,1	321,8
miércoles 11 dic	48,2	1,7	14,4	160,3	347,6
jueves 12 dic	71,2	52,2	3,8	96,6	358,9
viernes 13 dic	67,2	53,1	3,2	71,2	388,1
sábado 14 dic	57,1	15,5	6,8	119,9	383,8
domingo 15 dic	21,9	11,9	3,2	144,1	401,7
lunes 16 dic	24,0	36,4	3,3	136,9	382,2
martes 17 dic	23,0	105,7	2,2	74,3	377,6
miércoles 18 dic	25,1	53,2	0,3	127,6	376,6
jueves 19 dic	20,7	16,8	1,0	169,7	374,4
viernes 20 dic	3,1	15,5	20,5	173,4	370,4
sábado 21 dic	0,2	28,5		138,0	398,3
domingo 22 dic	10,1	13,2	2,6	133,6	423,2
lunes 23 dic	0,2	2,1	7,2	181,3	391,9
martes 24 dic		1,0	16,6	170,7	394,0
miércoles 25 dic		0,5	9,5	173,5	379,9
jueves 26 dic			9,0	216,0	338,7
viernes 27 dic			4,3	218,4	340,8
sábado 28 dic		1,0	3,7	179,8	379,2
domingo 29 dic		2,0	0,8	175,9	385,4
lunes 30 dic		2,0	0,8	213,8	347,5

OFERTAS DE CICLOS COMBINADOS (GWh)					
DIA	despachadas		No despachadas		
	<80	80-120	<80	80-120	>120
martes 31 dic		2,0	1,4	184,6	375,9

Tabla 14. Energía ofertada en el programa diario por los ciclos combinados agrupada por tramos de precios de sus ofertas

Fuente: CNMC

Al no haber ofertado Iberdrola Generación su hidráulica al coste de oportunidad de 80 €/MWh, el despacho infra-marginal de Iberdrola Generación (tecnologías que permanecen despachadas) en mercado diario se habría beneficiado de un diferencial de precios que podría estimarse en torno a 7 €/MWh, estimado como la diferencia entre los ingresos marginales de los ciclos 87,8 €/MWh y el mencionado coste de oportunidad de la hidráulica que le podría haber sustituido de 80 €/MWh, y dividiendo el resultado entre un coeficiente de apuntamiento de 1,09 (que representa la relación entre ingresos medios de ciclos combinados y la generación inframarginal de Iberdrola Generación en el período de estudio). Aplicando dicho diferencial a un volumen de 2.965 MWh (despacho de tecnologías infra-marginales de Iberdrola Generación en mercado diario entre los días 30 de noviembre a 23 de diciembre excluido el carbón nacional acogido al mecanismo regulado, excluidas las energías representadas por Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. y las compras realizadas por sus unidades de bombeo), Iberdrola Generación habría obtenido un beneficio estimado en unos 21,5 M€ con su actuación, lo que representa en torno a un 9% de sus ingresos en ese período en el programa diario.

El resto de agentes también se habrían visto afectados por el incremento en el precio del mercado diario motivado por el comportamiento de Iberdrola Generación. En particular, la demanda peninsular entre los días 30 de noviembre a 23 de diciembre (15.000 GWh¹¹) habría tenido un coste de adquisición mayor en unos 7 €/MWh¹², por lo que habría afrontado un coste adicional de 105 M€ (lo que representa en torno a un 8% de su coste total en ese período en el programa diario).

¹¹ Descontada la parte proporcional cubierta por la producción de las centrales de carbón autóctono cuya retribución está regulada.

¹² Correspondería con el incremento de precio estimado que perciben los ciclos combinados desde 80€/MWh hasta 87,8€/MWh, trasladado con el perfil de consumo de la demanda (apuntamiento del 1,11).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 letra a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por infracciones muy graves consistentes en la manipulación tendente a la alteración del precio de la energía eléctrica. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo II del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, vigente al tiempo de incoación del presente procedimiento. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

Al tiempo de realización de los hechos que han quedado probados, el artículo 60.a).15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico tipificaba como infracción muy grave la siguiente: *“Cualquier manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía eléctrica o la medición de las cantidades suministradas”*. Este tipo infractor persiste, como infracción muy grave, en la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en el artículo 64.38 (*“Cualquier manipulación tendente a alterar el precio de la energía eléctrica por parte de cualquier sujeto, así como la inexactitud o falsedad de carácter esencial, en cualquier dato,*

manifestación o documento que suponga una alteración del mercado de producción, o en su caso, despacho de producción”).

De acuerdo con los hechos probados, Iberdrola Generación llevó a cabo, entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013, una estrategia de elevación de precios de las centrales hidráulicas de Duero, Sil y Tajo que hizo que un volumen en torno a 45 GWh que se venían ofertando a finales de noviembre por debajo de 70 €/MWh, y resultaba casado en días con precios medios diarios en el entorno de los 45-55 €/MWh, quedara reducido a 13 GWh diarios. Análogamente, la energía que a finales de noviembre se ofertaba a más de 90 €/MWh y quedaba sin casar, pasa a ser de un volumen en torno a 40-50 GWh diarios en noviembre, a un volumen de 105 GWh en diciembre, asegurando que quedase ofertada por encima del precio del mercado diario y por tanto fuera de la casación, pese al incremento que iba sufriendo el precio del mercado diario desde los 53 €/MWh del 30 de noviembre a promedios diarios cercanos a los 80-90 €/MWh entre el 12 y el 21 de diciembre.

La estrategia de Iberdrola Generación, consistente en reservar esa capacidad de energía hasta el punto de reducir su nivel de producción hidráulica casada en mercado diario, no venía justificada por un posible agotamiento del recurso hídrico, pues la capacidad que tenían los embalses era superior a la de otros años, en los que, no obstante, Iberdrola Generación produjo más con precios menos elevados. En definitiva, la disponibilidad de recurso hídrico con la que contaban las unidades de Iberdrola Generación en el período analizado no puede justificar la reducción de programación registrada, tal y como refleja el propio comportamiento que presenta la empresa en el pasado, despachando mayor generación hidráulica en una situación de menores reservas y precios menos elevados.

De igual forma, la estrategia de Iberdrola Generación, consistente en reservar esa capacidad de energía hasta el punto de reducir su nivel de producción hidráulica casada en mercado diario, tampoco quedaba justificada por las expectativas de precios futuros, pues las cotizaciones de futuros estuvieron marcando precios más bajos que los que se obtenían en el mercado diario. Ha quedado acreditado en los hechos probados anteriores que las mejores expectativas de precios futuros resultaban inferiores a los precios del mercado durante diciembre de 2013.

La estrategia de Iberdrola Generación tuvo su fundamento en el propósito de hacer entrar ciclos combinados más caros, asegurando así un precio de mercado más elevado que el que se habría obtenido de otro modo. Tal actuación supuso un incremento del precio de mercado que se ha estimado en unos 7 €/MWh, de los que se benefició la producción inframarginal de esta empresa. Los beneficios estimados para Iberdrola Generación son del entorno a unos 21,5 millones de euros, en el período comprendido entre los días 30 de

noviembre al 23 diciembre, lo que representa en torno a un 9% de sus ingresos en ese período en el programa diario.

Este tipo de actuación (que lleva al mercado a precios artificiales, que no se corresponden con la capacidad de producción que está disponible ni con los datos fundamentales del mercado) constituye una manipulación típica de mercado, como conducta prohibida por el Reglamento (UE) nº 1227/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia en el mercado mayorista de energía. El artículo 5 del citado Reglamento prohíbe esta conducta, señalando que *“Queda prohibida la manipulación o la tentativa de manipulación de los mercados mayoristas de la energía”*. El considerando 13 aclara que *“La manipulación de los mercados mayoristas de la energía implica actuaciones por parte de determinadas personas que pueden llevar los precios de forma artificial hacia un nivel que no se justifica por las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda, incluidas la disponibilidad real de capacidad de producción, transporte o almacenamiento, y la demanda”*.

La guía para la aplicación de este Reglamento, publicada por ACER (Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía)¹³, ofrece una descripción de esta conducta desarrollada como supuesto típico de manipulación: *“Actuaciones llevadas a cabo por personas que artificialmente causan que los precios sean de un nivel no justificado por las fuerzas de la oferta y la demanda del mercado, incluyendo la disponibilidad real de producción, almacenamiento o capacidad de transporte, y demanda: Éste es por ejemplo el caso en que el participante en el mercado decide no ofrecer toda la producción, capacidad de transporte o almacenamiento disponibles, sin justificación y con la intención de cambiar el precio del mercado hacia precios más altos, i.e., no ofreciendo al mercado, sin justificación, una central cuyo coste marginal es más bajo que los precios del mercado spot, haciendo un mal uso de infraestructura, capacidad de transporte, etc., de lo que resultarían precios anormalmente altos.”*¹⁴ (Apartado 6.4.2.d) de la tercera edición de la *“Guía sobre la aplicación del Reglamento (UE) nº 1227/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia en el mercado mayorista de energía”*, de 29 de octubre de 2013.)

De este modo, la manipulación llevada a cabo por Iberdrola Generación con la oferta de las unidades de Duero, Sil y Tajo es una conducta prohibida por el artículo 5 del Reglamento (UE) nº 1227/2011, y constitutiva de una infracción muy grave conforme al artículo 60.a).15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

¹³ “Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency.”

¹⁴ Traducción no oficial.

IV. CULPABILIDAD DE IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.

a) Consideraciones generales

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa o negligente por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *“la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

En el presente caso concurre una culpabilidad a título intencionado o doloso, pues Iberdrola Generación lleva a la práctica una estrategia de manipulación de mercado que le conduce a un beneficio extraordinario.

Su intencionalidad dolosa se aprecia, en particular, en las circunstancias puestas de manifiesto en el hecho probado primero, que implican el desplazamiento continuado y prolongado en el tiempo de su oferta hacia rangos más elevados de precios a medida que observa que el margen de casación se va aproximando a los mismos.

Ahora bien, señala Iberdrola Generación, en sus alegaciones al Acuerdo de incoación, que *“El precio ofertado por las centrales de ciclo combinado y el precio ofertado por las centrales hidroeléctricas de otros operadores también se incrementaron paulatinamente durante ese mismo período temporal (como consecuencia de los hechos constatados por esa propia Comisión en su informe sobre la 25ª subasta CESUR o en sus recientes informes sobre la evolución del mercado de generación), y no nos consta que la Dirección de Energía haya abierto expediente sancionador por los precios ofertados por otras tecnologías o por otros agentes que operan en este mercado”* (folio 313 del expediente).

Al respecto, ha de indicarse, ante todo, que el hecho de que otras empresas pudieran haber tenido una conducta equivalente a la de Iberdrola Generación en nada exime a esta última de la responsabilidad por los hechos que han quedado acreditados. Esta alegación debe ser rechazada *a limine* por el consolidado principio constitucional que sostiene que no es posible invocar igualdad en la ilegalidad.

En cualquier caso, debe señalarse que la CNMC acordó -como ya ha sido señalado en el Antecedente de Hecho Primero- la apertura de un período de información previa con objeto de analizar los movimientos inusuales en los precios del mercado al contado de electricidad, recabando la información necesaria a las principales empresas involucradas.

Es en el caso de Iberdrola Generación, donde se ha observado una conducta como la que ha quedado expuesta: se incrementan los precios de las unidades de generación indicadas hasta el punto de reducir su programación durante un período de tiempo prolongado, cuando resulta que la casación del mercado está marcando los precios más altos.

Adicionalmente, ha de señalarse que Iberdrola Generación es el grupo empresarial que mayor volumen de generación hidráulica posee, y el que mayor capacidad tuvo de influir sobre el precio del mercado diario en el período objeto de examen. En dicho período, una vez despachadas todas las centrales de carbón, únicamente quedaban por despachar ciclos combinados con costes de oportunidad muy superiores a los del carbón, y la hidráulica gestionable, con costes basados en expectativas futuras y disponibilidad de recurso hídrico.

Pues bien, en el gráfico siguiente, que recoge el despacho diario hidráulico por grupo empresarial frente al precio del mercado diario, se aprecia que, de los tres grandes grupos que poseen la generación hidráulica, Iberdrola Generación es el grupo con mayor despacho hidráulico en noviembre y el que presenta una mayor reducción en diciembre. Por el contrario [GENERADOR-1] mantiene su nivel de despacho durante los días de precios elevados de diciembre e incluso en algunos días (5 y 12 de diciembre) lo aumenta, estando el nivel de reservas de sus cuencas en ese período por encima de la media histórica al igual que las de Iberdrola Generación. En el caso de [GENERADOR-2], si bien se aprecia también una reducción de su despacho hidráulico, cabe decir que su embalse [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], se encontraba a finales de noviembre con un nivel de reservas del 25% de su capacidad, próximo al mínimo registrado desde 2002, que justificaría su escasa programación.

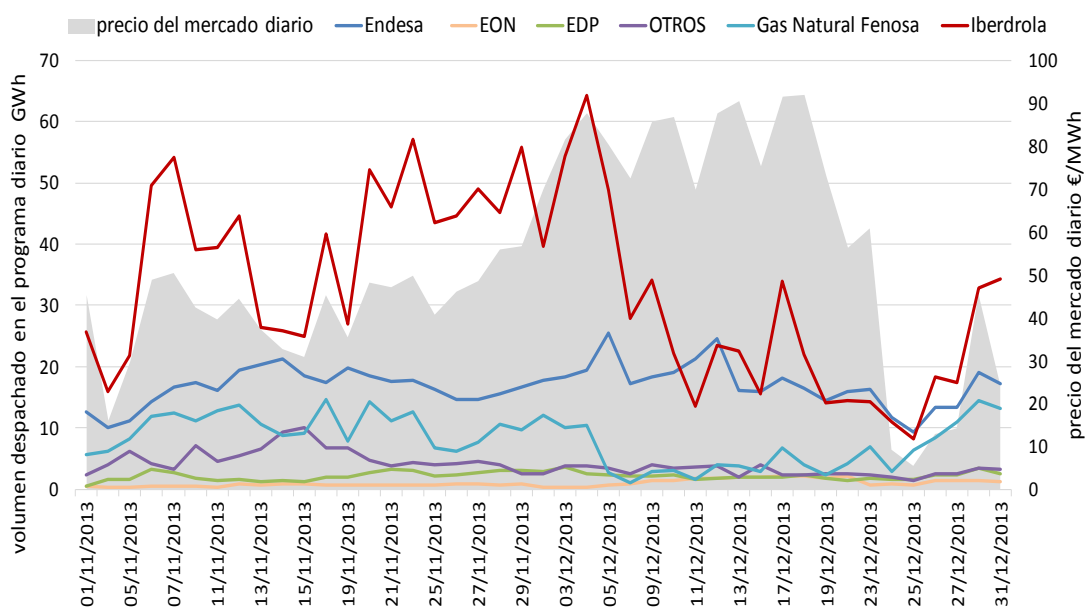


Gráfico 3. Cantidad de energía hidráulica (GWh) despachada en el programa diario entre los días 1 de noviembre y 31 de diciembre de 2013 por los diferentes grupos empresariales frente al precio del mercado diario (€/MWh)

Fuente: CNMC

V. VALORACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR IBERDROLA GENERACIÓN.

a) Sobre las alegaciones presentadas por Iberdrola Generación

Concluida la instrucción del procedimiento sancionador, Iberdrola Generación ha presentado dos escritos de alegaciones:

- Escrito presentado el 8 de abril de 2015 (del que se presentó subsanación el 14 de abril de 2014), relativo al contenido de la Propuesta de Resolución formulada por el Instructor.
- Escrito presentado el 30 de julio de 2015 en el marco de alegaciones al trámite de actuaciones complementarias acordadas por la Sala de Supervisión Regulatoria el 16 de julio de 2015.

En el escrito de alegaciones presentado el 8 de abril de 2015 Iberdrola Generación expone las consideraciones siguientes:

- La Propuesta de Resolución tiene el contenido propio de un acuerdo de iniciación de procedimiento, al ser el primer documento que permite a Iberdrola Generación conocer la infracción que se le imputa. De forma destacada Iberdrola Generación soporta esta afirmación en el argumento siguiente:

“En efecto, en el acuerdo de iniciación se aludía solo al incremento de precios, pero ahora se añaden los siguientes: (i) el incremento de precios redujo "considerablemente" la programación de las Centrales Investigadas; (ii) el nivel de embalses asociados a las Centrales Investigadas era superior al de años precedentes; (iii) el nivel de producción de las Centrales Investigadas fue inferior a 2011 y 2012, pese a que en esos años el precio era inferior; (iv) el nivel de referencia a considerar para la gestión de las reservas es el mercado de futuros OMIP; (v) Iberdrola Generación ha obtenido beneficios en el mercado por el mayor precio recibido por las centrales inframarginales, etc.”

- No concurre tipicidad en la conducta. Esta consideración se desarrolla por parte de Iberdrola Generación con base en diversos aspectos:
 - El Reglamento (UE) 1227/2011, de 25 de octubre, no es una norma que tipifique infracciones administrativas, por lo que el tipo sancionador tiene exclusivamente el alcance que se deriva de la norma española.
 - Como, conforme al artículo 61.a) de la Ley 54/1997, toda infracción muy grave puede ser considerada grave, y como en el caso de la infracción relativa a la manipulación fraudulenta no se especifican unas concretas circunstancias concurrentes (que justifiquen la mayor gravedad), no se podría aplicar el tipo infractor del artículo 60.a).15 de la citada Ley.
 - Partiendo de que existe un contexto de libertad de precios en una economía de mercado, la conducta prohibida (consistente en llevar a cabo una manipulación fraudulenta) implicaría que los agentes que participan en el mercado no toman sus

decisiones libremente y de forma informada, por causa de la actuación de un sujeto que realiza una actuación que en sí misma es ilegal. Frente a ello Iberdrola Generación considera que son otros los hechos acaecidos, expresando, en este sentido, lo siguiente:

“Lo único que habría sucedido (de ser ciertos los hechos imputados), es que como consecuencia de ofrecer un precio "x" la curva de la oferta se desplazó hacia la derecha y el precio de mercado se incrementó. Pero, insistimos, eso no es manipulación; esa subida del precio ni tan siquiera es un elemento del tipo de la manipulación. La manipulación solo se da si hay comportamientos de unos agentes que alteran el comportamiento normal de los otros agentes que participan en ese mercado y que son susceptibles de alterar el precio de mercado.

Si lo que sucede es que un agente, sin hacer absolutamente nada que afecte al comportamiento de los demás agentes, sube sus ofertas y, como resultado, sube el precio, eso no es manipulación. Será abuso de posición de dominio si se dan los requisitos para ello, pero para un agente sin posición de dominio ese comportamiento es plenamente legítimo.

(...)

Sin embargo, no existe en el expediente elemento de prueba alguno que indique que Iberdrola Generación, en diciembre de 2013, empleó medios fraudulentos. En efecto, Iberdrola Generación no ha proporcionado información, señales ni datos falsos o engañosos, sino que ha ofertado (haciendo uso de la libertad de precios en un mercado liberalizado) su capacidad hidroeléctrica a los precios que la compañía, en este momento, consideraba oportunos a la vista de la situación hidrográfica de sus embalses y sus expectativas acerca del futuro (que, como toda previsión, pueden o no haber sido acertadas). Lo que la compañía hizo durante el periodo de análisis fue variar sus precios, al alza unos días y a la baja en otros, para obtener el mejor aprovechamiento de los recursos hídricos que durante ese periodo tenía y que (con la información entonces disponible) preveía tener. Sin engaño o falsedad alguno. El "instrumento" utilizado, según el Director de Energía, para realizar la presunta manipulación de mercado fueron los precios ofertados durante determinados días de diciembre 2013. Pero no hay nada falso con estos precios, sino se tratan de precios fijados en ofertas reales, realizadas durante un periodo en el que la compañía despachaba energía de sus centrales hidroeléctricas.”

- Para incurrir en el tipo infractor previsto en el artículo 60.a).15 es necesario un propósito de alterar el precio del mercado. Sin embargo, dado que Iberdrola tenía una posición neta compradora en el mercado en el período al que se refiere el procedimiento sancionador, no cabía, en lógica, tener ese objetivo de alterar el precio.

- La Propuesta de Resolución es inconsistente con manifestaciones previas de la CNMC, pues en los informes de 7 de enero de 2014 y 10 de julio de 2014 la CNMC atribuye la subida de los precios del mercado a “circunstancias atípicas” y a una “concatenación de hechos”.
- El comportamiento de Iberdrola Generación ha sido racional, ya que no se oferta el agua por debajo de su coste de oportunidad (teniendo en cuenta el precio de mercado que resultaría en los momentos de demanda punta). De forma más específica, Iberdrola Generación justifica su actuación en los siguientes términos:
“En este momento, anticipando una importante caída en sus reservas y un claro riesgo de escasez (los producibles futuros de agua son, por definición, inciertos), era perfectamente racional para Iberdrola Generación extremar la prudencia en su gestión de las centrales en cuestión y reservar cierta capacidad para las horas de máxima demanda a finales de diciembre, en enero y en febrero. La única forma de hacerlo era ofertar su electricidad a precios más elevados. De esta forma logró detener la caída de las reservas y evitar una situación de escasez que habría llevado a una reducción de la generación flexible que aporta la hidráulica y en precios de mercado más elevados.”

Tras realizar estas alegaciones, Iberdrola Generación extracta las conclusiones del informe de CONSULTORA que adjunta a sus alegaciones (cuyo título es “Análisis de la Propuesta de Resolución del Expediente Sancionador SNC/DE/46/14”). A esas alegaciones se acompaña también otro informe, que es del [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] , y cuyo título es “Informe sobre la gestión de la producción de una central hidroeléctrica”. Asimismo, en el escrito de alegaciones mencionado, Iberdrola Generación solicitaba la práctica de ciertas pruebas, de la que la Sala de Supervisión Regulatoria hizo valoración en su acuerdo de 16 de julio de 2015 de práctica de actuaciones complementarias.

En el escrito de alegaciones presentado el 30 de julio de 2015 Iberdrola Generación, tras reiterar, de forma sucinta, las alegaciones que constan en su escrito precedente, presentado en el mes de abril, realiza las siguientes consideraciones, que se refieren al Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias:

- Los informes de CONSULTORA y de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] deberían ser valorados como dictámenes periciales, soportados en el juicio y pericia técnica de quien los emite.
- La Sala de Supervisión Regulatoria debería admitir la prueba testifical propuesta, permitiendo, en particular, la declaración de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], CONSULTORA, a fin de que dicha persona tenga la oportunidad de exponer de forma oral su dictamen.

- El escenario en que debía haberse llevado a cabo la simulación del precio del mercado en 2014 por parte de la CNMC debería haber sido un escenario de baja hidráulicidad.

Adicionalmente, Iberdrola Generación extrae el contenido de un segundo informe de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] , de CONSULTORA.

b) Valoración de las alegaciones

b).1 Valoración general

Sin perjuicio del análisis detallado con que, seguidamente, se consideran las alegaciones de Iberdrola Generación, resulta oportuno realizar una valoración general de las mismas:

Iberdrola Generación reconoce que, mediante una elevación del precio de sus centrales hidráulicas, ha retirado cierta producción del mercado, circunstancia que, necesariamente, ha implicado que los precios hayan sido algo más altos que los que, de otro modo, hubieran sido. Iberdrola Generación mantiene ciertas discrepancias en cuanto a las concretas fechas y concreto volumen de energía que se habría visto involucrado. Dejando de lado tales discrepancias (que luego se analizarán), lo relevante es que, en definitiva, tras la exposición de todas sus alegaciones, Iberdrola Generación sostiene su defensa en el argumento siguiente: la elevación del precio se hizo, considerando la cantidad de agua que se había desembalsado previamente, en atención a la expectativa de precios futuros (de los que OMIP no puede ser considerado la única referencia válida y de los que las empresas pueden manejar otras estimaciones).

De este modo, la argumentación de Iberdrola Generación se concentra, en definitiva, en la cuestión de la expectativa de los precios futuros.

Iberdrola Generación ha insistido varias veces en que puede haber otras estimaciones de precios futuros alternativas a OMIP. Ahora bien, desde luego Iberdrola Generación en ningún momento ha presentado la supuesta estimación, método de cálculo, opinión, referencia o publicación, que, de una forma objetiva o creíble, le habría llevado a pensar que los altos precios del mercado que se estaban marcando en el período objeto del procedimiento sancionador iban a verse superados por otros, mayores (que le compensaran el riesgo de renunciar a la producción en el momento actual), que tendrían lugar en el final del mes de diciembre de 2013 y en los meses de enero y febrero de 2014.

Hay hasta nueve días, dentro del período considerado (30 de noviembre de 2013 a 23 de diciembre de 2013), en que el precio medio que resulta del mercado es superior a los 85 euros/MWh, situándose dichos precios medios varios días incluso por encima del rango de los 90 euros/MWh, y se obtienen, en ese período, precios horarios que alcanzan incluso los 110 euros/MWh. Los precios medios diarios que se registraron durante este periodo han sido únicamente superados en dos días desde que se inició el mercado de producción en 1998.

La expectativa de precios de OMIP era, evidentemente, inferior a esos valores.

Puede admitir perfectamente esta Sala que los precios de OMIP no son la única referencia que manejan las empresas a la hora de hacer estimación de los precios futuros. Ahora bien, lo que sucede en el presente caso no es sólo que no resulte razonable reservar un determinado volumen de producción, dado el contexto de precios que marca el mercado diario y dada la expectativa de precios futuros: Al final, lo que esta Sala valora principalmente es que, en un contexto en que Iberdrola Generación venía ofertando con normalidad una determinada capacidad hidráulica al mercado, toma la decisión de retirarla cuando precisamente el mercado pasa a un contexto de subida exponencial de precios. Con ello, provoca la entrada de tecnologías más caras, que se hacen necesarias para cubrir la demanda, y que incrementan en mayor medida el precio de casación del mercado. Esta actuación no es puntual ni accidental, sino que se mantiene de forma sostenida en un período de tiempo amplio, y exige de Iberdrola Generación la corrección constante de sus ofertas (mediante la subida progresiva de sus precios) para asegurar que la capacidad que se retira se mantiene fuera del margen de casación.

Sin perjuicio de esta valoración general, que lleva a desestimar globalmente las alegaciones de Iberdrola Generación, se examinan a continuación, con detalle, las alegaciones de dicha empresa.

b).2 Sobre la supuesta indefensión por falta de concreción de los hechos imputados

La primera alegación que realiza Iberdrola Generación se refiere a la indefensión que se le ha ocasionado por la falta de concreción del acuerdo de inicio del procedimiento, concreción que, a su juicio, no se alcanza sino hasta la Propuesta de Resolución. Por dicho motivo, Iberdrola Generación solicitó, en las alegaciones presentadas el 8 de abril de 2015, que se realizara una propuesta de resolución nueva, pues la hecha previamente tenía sólo, a su entender, el valor de acuerdo de inicio del procedimiento. Por medio de las alegaciones presentadas el 30 de abril de 2015, Iberdrola Generación se reafirma en esta alegación, y destaca que el acuerdo de inicio carecía, en concreto, de la indicación de que se había reducido de forma considerable la

programación de las unidades afectadas, de la indicación de que la capacidad de los embalses era superior a la de otros años y de la indicación de que la referencia de precios a considerar era el precio de OMIP.

Sin embargo, en el Acuerdo de Incoación del procedimiento, de 16 de junio de 2014, se aludía expresamente a la actuación por medio de la cual Iberdrola Generación había llevado a cabo la manipulación del precio del mercado (la manipulación se produce mediante la elevación de los precios de las unidades de gestión hidráulica de Duero, Tajo y Sil), se identificaban las fechas en las que se apreciaba la conducta (se lleva a cabo entre las fechas de 30 de noviembre de 2013 y 23 de diciembre de 2013), y se indicaba, además, que la elevación la había ido realizando Iberdrola Generación de forma progresiva y que finalmente en las ofertas de esas unidades se habían alcanzado precios de 100-120 euros /MWh:

“Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en la presunta manipulación fraudulenta tendente a la alteración del precio de la energía eléctrica. Esta manipulación se habría efectuado durante el mes de diciembre de 2013 a través de la elevación del precio de las ofertas de las centrales hidráulicas de titularidad de IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. realizadas a través del mercado eléctrico. En concreto, las unidades de generación hidráulica de IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. del Duero, Tajo y Sil habrían ido incrementando progresivamente el precio de sus ofertas de venta al programa base de funcionamiento desde el 30 de noviembre hasta el 23 de diciembre de 2013 (valorando los contratos bilaterales como energía precio aceptante), alcanzando así niveles de 100-120 €/MWh en el mencionado período entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2013.” (Folio 291 del expediente administrativo)

Prueba de la nítida identificación del objeto del procedimiento es que en su nota de prensa de 17 de junio de 2014 (titulada “*IBERDROLA GENERACIÓN SAU NIEGA CUALQUIER MANIPULACIÓN DE LOS PRECIOS OFERTADOS AL MERCADO DE GENERACIÓN*”), el propio Iberdrola Generación destaca que “*El procedimiento sancionador afecta únicamente a las ofertas al mercado realizadas por determinadas instalaciones de producción hidroeléctrica situadas en las cuencas de los ríos Duero, Tajo y Sil entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2013*”.¹⁵

Ha de resaltarse que la actuación de Iberdrola Generación es la que es: la actuación de Iberdrola Generación consiste en elevar el precio (que es lo que este sujeto lleva a cabo, y lo que indica el acuerdo de incoación); los datos de los embalses, de la producción casada por el mercado o de los precios marcados por OMIP no son actos desarrollados propiamente por Iberdrola Generación, sino las circunstancias de contexto que permiten valorar la actuación de Iberdrola Generación (que -se insiste- consiste en llevar a cabo la elevación del precio de sus ofertas ya mencionada: que afecta a las unidades

¹⁵ http://www.iberdrola.es/sala-prensa/notas-prensa/nacional/2014/detalle/nota-prensa/140617_NP_01_MercadoGeneracion.html

de producción identificadas, entre las fechas señaladas, y que implica que tales ofertas alcanzaran incluso precios de 100-120 euros /MWh).

En cualquier caso, el hecho de que el acuerdo de inicio no tenga la identificación de los elementos que permitirán, bien acreditar, bien contextualizar, la conducta de Iberdrola Generación se debe a que tales elementos se incorporan y determinan en la instrucción del procedimiento. Pues bien, a este respecto, se observa que esas circunstancias sobre existencias de los embalses, producción en el mercado y precios de futuros son circunstancias de las que Iberdrola Generación recibió oportuna noticia de su incorporación al procedimiento en fecha 25 de julio de 2014 (ver folio 325 del expediente administrativo).

En efecto, tal y como se recoge en el Antecedente de Hecho Noveno de esta Resolución, el acuerdo del Director de Energía de 22 de julio de 2014 incorpora al procedimiento información correspondiente a las ofertas efectuadas por las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo, la energía que quedó programada con respecto a dichas unidades, los ingresos medios obtenidos por las mismas y el nivel de reserva de los embalses correspondientes, así como información sobre los precios negociados en los mercados de futuros; junto a esta información figura además un cuadro de análisis de esos datos, que la diligencia de incorporación de información describe en estos términos (folio 317 del expediente administrativo):

“- Conjunto de cuadros de análisis de datos que figuran entre la información que se incorpora, relativos a los siguientes aspectos:

- *Rango de precios ofertados para las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo durante el segundo semestre de 2013.*
- *Nivel de reservas hidráulicas correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en las cuatro últimas semanas de los años 2011, 2012 y 2013.*
- *Energía programada en el Programa Diario Base de Funcionamiento (contratación bilateral y casación del mercado diario) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2011 y 2013 (años con nivel de reservas comparable).*
- *Energía programada en P48 (todos los segmentos del mercado) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2011 y 2013 (años con nivel de reservas comparable).*
- *Energía programada en P48 (todos los segmentos del mercado) correspondiente a las unidades hidráulicas de Duero, Sil y Tajo en los meses de noviembre y diciembre de los años 2012 y 2013 (años con nivel de reservas diferente).*
- *Precios de la cotización en OMIP de los productos correspondientes al primer trimestre de 2014.”*

La incorporación de todos estos documentos al procedimiento fue notificada a Iberdrola Generación mediante escrito de 22 de julio de 2014, recibido por Iberdrola Generación el 25 de julio de 2014. Iberdrola Generación accedió a esta información y obtuvo copia de la misma el día 28 de julio de 2014 (folio 328 del expediente).

En definitiva, Iberdrola Generación no puede pretender que esta información le era desconocida hasta la Propuesta de Resolución del procedimiento.

Por tanto, en modo alguno procedía hacer una nueva Propuesta de Resolución, como solicitaba Iberdrola Generación.

Téngase en cuenta, en este sentido, a mayor abundamiento, lo que señalan los artículos 16.3 y 18 del Reglamento de procedimiento de la potestad sancionadora:

- *“Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución.”* (Art. 16.3)
- *“Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.”* (Art. 18)

Como resulta del tenor de ambos preceptos, no hay una obligación de hacer una identificación completa de todos los elementos de hecho concurrentes sino hasta la propuesta de resolución. Incluso es posible que la propuesta de resolución altere la determinación inicial de los hechos; en tal caso, para satisfacer el derecho de defensa, basta con que los nuevos hechos se recojan en la propuesta de resolución y se dé la oportuna audiencia al interesado (sin que proceda atribuir a tal propuesta de resolución el valor de un acuerdo de inicio del procedimiento, al que luego debiera seguir una propuesta de resolución nueva).

Resta por destacar, adicionalmente, que sobre la prueba solicitada por Iberdrola Generación tras la finalización de la instrucción del procedimiento se hizo valoración en el Acuerdo de actuaciones complementarias de 16 de julio de 2015, y que sobre el mismo se dio a Iberdrola Generación otro trámite audiencia, que es adicional al que tuvo tras la Propuesta de Resolución del procedimiento.

Deben, por tanto, rechazarse de plano las alegaciones de indefensión, y concluir que el acuerdo de incoación del procedimiento adoptado por el Director de Energía reúne todos los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento de procedimiento de la potestad sancionadora.

b).3 Sobre la infracción del principio de tipicidad

La alegación sobre la infracción del principio de tipicidad la desglosa Iberdrola Generación en varios argumentos, que se refieren al Reglamento (UE) 1227/2011, a la consideración como grave de la infracción, a la falta de los elementos de artificio, fraude y engaño, y a la falta de propósito de alterar el precio de la energía.

b).3.1. Acerca del Reglamento (UE) 1227/2011

En el Fundamento de Derecho III de esta Resolución se ha hecho referencia al Reglamento (UE) 1227/2011. Considera, no obstante, Iberdrola Generación que el tipo infractor debe tener exclusivamente el alcance que se deriva de la normativa española.

A este respecto, esta Sala ha de hacer la precisión de que en ningún momento se considera que el tipo infractor esté recogido en el citado Reglamento europeo. El tipo infractor es el previsto en el artículo 60.a).15 de la Ley 54/1997. Ahora bien, como tipo infractor, este precepto recoge la previsión de que se habrá de sancionar una determinada conducta; pues bien, dicha conducta, es, lógicamente, una conducta para la que las normas sustantivas contenidas en la legislación sectorial eléctrica prevén la oportuna prohibición (u obligación de no hacer).

En este sentido, el artículo 26.2.a) de la citada Ley 54/1997 acoge la obligación de los sujetos productores de realizar todas las actividades necesarias para producir energía eléctrica: *“Serán obligaciones de los productores de energía eléctrica: a) El desarrollo de todas aquellas actividades necesarias para producir energía eléctrica en los términos previstos en su autorización y, en especial, en lo que se refiere a seguridad, disponibilidad y mantenimiento de la potencia instalada y al cumplimiento de las condiciones medioambientales exigibles.”*¹⁶

El incumplimiento de esta obligación sustantiva es contemplado por la Ley 54/1997 mediante la introducción del tipo infractor relativo a la falta de realización de ofertas de venta al mercado por parte de los sujetos productores (tipo infractor grave): *“La no presentación de ofertas de compra o venta por los*

¹⁶ Actualmente esta obligación se contiene en el art. 26.3.a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

sujetos obligados a ello en el mercado de producción.” (Art. 61.a).10 de la Ley 54/1997)

Ahora bien, considerando que sería posible que un sujeto diera aparente satisfacción a la obligación del art. 26 mediante la presentación de ofertas con las que en realidad, pudiéndose producir, no se persigue producir, pretendiendo además una alteración del precio, y considerando, además, otros supuestos de actuación fraudulenta, el legislador introduce el tipo infractor previsto en el art. 60.a).15 (*“Cualquier manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía eléctrica”*). Este tipo infractor, dado el tipo de actuación e intencionalidad que lo caracteriza, se configura ya como tipo infractor muy grave.

Ésa es la norma sancionadora. Ahora bien, regulando la actuación sustantiva de los sujetos productores se proyectan varias normas: el art. 26 de la Ley 54/1997 mencionado, y también, desde su entrada en vigor, el Reglamento (UE) 1227/2011 (que, en realidad, se proyecta sobre todos los diferentes partícipes del mercado). No son normas sancionadoras, son normas que imponen obligaciones o establecen prohibiciones que afectan a sujetos productores.

En particular, el Reglamento (UE) 1227/2011 contiene la prohibición de llevar a cabo actuaciones con información privilegiada, la obligación de publicar información privilegiada y la prohibición de manipular el mercado.

En lo que interesa al presente procedimiento sancionador, esta última prohibición estaba vigente cuando se desarrolló la conducta de Iberdrola Generación, y, en correlación con el tipo infractor imputado, puede ser valorada para apreciar la específica quiebra del ordenamiento que se imputa a Iberdrola Generación. De hecho, al respecto de la conducta de esta empresa, la congruencia entre la obligación sustantiva marcada en el artículo 5 del Reglamento (UE) 1227/2011 (*“Queda prohibida la manipulación o la tentativa de manipulación de los mercados mayoristas de la energía”*) y la norma sancionadora que establece el tipo infractor imputado (art. 60.a).15 de la Ley 54/1997: *“Cualquier manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía eléctrica”*) resulta evidente.

De hecho, y tal y como se señala en el Antecedente de Hecho Séptimo de la presente Resolución, el inicio del procedimiento sancionador fue puesto en conocimiento de ACER (Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía) el 17 de junio de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.2 del citado Reglamento (UE) nº1227/2011. Asimismo, en el Antecedente de Hecho Décimo Cuarto se detalla el requerimiento de información formulado por ACER al amparo del artículo 16 apartados 1 y 4 del citado Reglamento y su cumplimentación por esta CNMC.

En definitiva, no se trata de que el tipo infractor imputado esté establecido en el Reglamento (UE) 1227/2011, sino de valorar adicionalmente que la conducta infractora de Iberdrola Generación (tipificada en el art. 60.a).15 de la Ley 54/1997) se ha producido con quiebra de la prohibición sustantiva de manipulación contenida en la normativa europea.

b).3.2. Acerca del carácter muy grave de la infracción

Iberdrola Generación argumenta que, conforme al artículo 61.a) de la Ley 54/1997, toda infracción muy grave puede ser considerada grave (“*Son infracciones graves las conductas tipificadas en el artículo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves*”); a este respecto, considera que, como en el caso de la infracción relativa a la manipulación fraudulenta no se especifican unas concretas circunstancias concurrentes (que justifiquen la calificación de la infracción como muy grave), no se podría aplicar el tipo infractor del artículo 60.a).15 de la citada Ley.

Ya se ha señalado en el apartado precedente qué circunstancias (de intencionalidad y de ocultación del propósito de no producir) justifican calificar la conducta manipuladora de muy grave, frente al supuesto de falta de realización de ofertas de venta (infracción grave). En cualquier caso, es clara la voluntad del legislador de calificar la infracción de muy grave: “*Son infracciones muy graves: 15. Cualquier manipulación fraudulenta tendente a alterar el precio de la energía eléctrica o la medición de las cantidades suministradas.*” (Art. 60.a) de la Ley 54/1997)

Por lo demás, y al margen de que la crítica relativa a una supuesta imprecisión o indeterminación del tipo infractor sólo podría hacerse desde la perspectiva constitucional, considera, en cualquier caso, esta Sala que la identificación de la conducta que se sanciona es suficientemente precisa. La determinación concreta de la conducta infractora se produce, en definitiva, mediante la remisión al concepto técnico de mercado de la *manipulación*, que el tipo infractor acoge, concepto con el que Iberdrola, como operador principal del mercado eléctrico, está indudablemente familiarizado.

Resta tener en cuenta, por añadidura, que el Tribunal Constitucional ha admitido la contextualización de las exigencias del principio de tipicidad, que puede hacerse en función del ámbito sancionador de que se trate y de la caracterización de las relaciones de especial sujeción (propias de los sectores regulados): “*Existen cierto tipo de actuaciones que por la relación de sus agentes con la Administración pueden deparar la tolerabilidad constitucional de un mayor margen de autonomía de ésta en la labor de tipificación de las infracciones, en atención a la «capacidad administrativa de autoordenación» (SSTC 2/1987, de 21 de enero, F. 2; 42/1987, de 7 de abril, F. 2; 69/1989, de 20 de abril, F. 1). Esta contextualización posible de las exigencias del principio de legalidad... ha de ser abordada*”

singularmente en relación con cada regulación sancionadora cuestionada,..."
(Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2008, de 15 de diciembre).

b).3.3. Sobre el artificio, fraude y engaño

Argumenta Iberdrola Generación que lo único que se deriva de los Hechos Probados es que ha incrementado el precio de sus ofertas, y que, aunque con ello se pueda haber aumentado el precio del mercado, no es una actuación irregular que implique artificio, fraude o engaño (como elementos que deben concurrir para la realización del tipo infractor imputado).

A juicio de esta Sala el carácter fraudulento o engañoso de la conducta de Iberdrola Generación es claro desde el momento en que, con sus ofertas económicas de las unidades hidráulicas, busca no producir, pudiendo hacerlo, y desde el momento en que, con esa retirada de producción hidráulica, busca que la demanda sea cubierta con una determinada producción (los ciclos combinados más caros) que no habría sido necesaria:

Para realizar su propósito de retirar una determinada capacidad de producción, Iberdrola Generación podría haber optado por no realizar las ofertas correspondientes a la potencia de que se trata; esa actuación se podría haber sancionado conforme al artículo 61.a).10 de la Ley del Sector Eléctrico. Iberdrola Generación optó, sin embargo, por hacer ofertas al mercado aunque las hizo con la finalidad de que la energía que ofertaba no resultase programada en el mercado; es decir, dio una apariencia de legalidad a su propósito de no producir. Ese propósito de no producir buscaba además el incremento de los precios del mercado, al provocar la entrada de tecnologías más caras, que, de este modo, se hacían necesarias para cubrir la demanda.

Es decir, hay fraude y actuación engañosa, y también hay un artificio. Se ofrece producir una energía que no se pretende producir, y se desarrolla una determinada estrategia para que, en un contexto de incremento de precios, se haga posible la producción de los ciclos combinados (lo que se consigue mediante la retirada de una capacidad de producción hidráulica que hasta entonces venía programándose).

De este modo, no cabe sostener, como afirma el imputado, que se carezca de los elementos que son propios del tipo infractor, según el análisis que hizo de los mismos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; sección 4ª; recurso contencioso-administrativo 447/2010). En esa Sentencia, la Audiencia Nacional hizo interpretación del tipo infractor del modo siguiente:

“A estos efectos el concepto de "manipulación" se toma en su acepción negativa, al referirse al control o manejo intencionado de procesos que deberían desarrollarse espontáneamente o de forma no disponible ni dependiente de la voluntad de quien interviene en el mercado. Pero la LSE

emplea en el tipo una descripción de especial intensidad: no basta esa manipulación -que ya incluye malicia-, le añade el calificativo de fraudulenta y un ánimo: que sea con el propósito de alterar el precio de la electricidad.

Al optar por este tipo y no por la LDC, la Administración asume una carga probatoria de especial intensidad, pues lo relevante es probar que la alteración del precio es consecuencia del empleo de una estrategia urdida a base de engaño, fraude o artificio; y la intensidad maliciosa de tal elemento medial e intencional -buscar la alteración del precio- exige que se asuma también la carga de razonar por qué se rechazan las excusas o explicaciones del administrado.”

Pues bien, en este caso, como se ha dicho, sucede que una determinada demanda que, en condiciones normales, se hubiese cubierto por el mercado sin ser necesaria la intervención de los ciclos combinados más caros, ha requerido de la intervención de los mismos. Ello ha sido provocado por Iberdrola Generación con el objeto de incrementar el precio de casación del mercado. Esta manipulación del mercado, hecha con esa intención de alteración del precio, se ha desarrollado por la mencionada empresa mediante la retirada de una determinada capacidad hidráulica, lo que, a su vez, se ha conseguido, no de una forma directa (mediante la ausencia de presentación de ofertas), sino con una estrategia de ofertas que, mediante un incremento progresivo y sostenido de su valor, asegurase la falta de casación.

b). 3.4. Sobre el propósito de alterar el precio de la energía

El imputado argumenta que Iberdrola tenía una posición neta compradora en el mercado en el período al que se refiere el procedimiento sancionador, con lo que no tendría sentido haber pretendido un incremento del precio.

Esta alegación ya fue en buena medida rebatida con ocasión del Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias. Iberdrola Generación solicitó el cálculo del beneficio obtenido considerando el precio pagado por Iberdrola por la compra de electricidad. Al respecto, ya se señaló que la cuantificación del mayor precio pagado por Iberdrola por la compra de electricidad en el cálculo del beneficio no debía realizarse, tal y como solicita Iberdrola Generación, acotado al periodo de análisis, sino en un periodo de tiempo más amplio, teniendo en cuenta el posible traslado del incremento del precio del mercado en las condiciones de suministro del mercado minorista.

Así, debe distinguirse entre la cobertura de riesgo a nivel de grupo y la estrategia maximizadora del generador. La estrategia del generador es siempre elevar precios para maximizar su beneficio. A este respecto, cabe citar el Tratado de Regulación del Sector Eléctrico editado por el propio Iberdrola en

2009¹⁷, en el que se indica que, desde un punto de vista dinámico, “*si el generador tiene en cuenta que los precios del mercado spot sirven como referencia para los contratos a plazo, resulta interesante retirar cantidad para mantener los precios altos y así obtener contratos a plazo mejores*”, independientemente de su posición en el mercado. Este hecho ya presenta en sí mismo un incentivo suficiente para el generador – al obtener unos mayores ingresos por su producción-, y además para el grupo empresarial en su conjunto, ya que dichos contratos a plazo tienen una influencia relevante sobre los precios que deben soportar los consumidores a través de la fijación de sus contratos. Por tanto, el interés del generador será independiente de su posición neta en el mercado spot.

En este mismo sentido, cabe citar el Informe de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] , aportado en este expediente (Folio 563), en el que se afirma que “*los gestores de las centrales tratan de maximizar sus ingresos de producción*”. Asimismo, hace referencia a la teoría económica para indicar que la gestión óptima de la producción hidráulica debe realizarse estimando una serie de factores como son el volumen de agua disponible en el embalse, el comportamiento de la demanda y el coste de producción futuro de las centrales térmicas. Por tanto, de su lectura no cabe deducir que la teoría considere que la posición neta del grupo empresarial pueda tener alguna influencia sobre la gestión de este tipo de generación.

Iberdrola afirma que la posición de su grupo fue compradora en diciembre de 2013 haciendo referencia a un gráfico de compras y ventas en el mercado spot incluido en uno de los informes periódicos de la CNMC¹⁸. Utilizar esa referencia para concluir que la empresa no tenía interés en alterar al precio es demasiado simple. Más aun, cuando existen estudios que aseguran que sólo la existencia de integración vertical puede dar lugar al ejercicio de poder de mercado por parte de la generación¹⁹ así como que el hecho de que los generadores pueden anticipar que los precios spot esperados sirven como referencia para la determinación del precio de los contratos futuros y por tanto tratar de incrementar los precios en el mercado spot para que sean así trasladados al mercado a plazo²⁰.

¹⁷ Capítulo 15 del Tomo II, pág. 447. “Los mercados a plazo en el Sector Eléctrico”. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] y [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] .

¹⁸ Citando un informe de supervisión del mercado mayorista de la CNMC, en el que únicamente se muestran las ventas y las compras de cada empresa en el mercado spot, sin analizar las coberturas de riesgo asociadas a cada tecnología y agente. “Informe de supervisión del mercado mayorista de electricidad de los meses de noviembre y diciembre de 2013”.

¹⁹ Vertical Structure and Forward Contract in Electricity Market. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]. Febrero, 2014

²⁰ [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] y [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] (2006) “Forward Trading and Collusion in Oligopoly”, Journal of Economic Theory 131; [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]. (2005) “Virtual capacity and competition”, Centre for industrial Economics, University of Copenhagen.

Por tanto, si se quisiera abordar el análisis del interés del grupo en su conjunto, éste no podría realizarse sin tener en cuenta las coberturas de riesgo que hubiera podido efectuar la empresa en los distintos mercados eléctricos (en el mercado al contado y a plazo²¹). A estos efectos, hay que tener en cuenta, que las compras de energía correspondiente a clientes con contratos indexados al precio del mercado no deben computarse en el cálculo de la posición neta del grupo, ya que la empresa no soporta ningún riesgo en relación con esta energía. Lo mismo ocurre con las operaciones realizadas por la comercializadora de último recurso del grupo, ya que sus compras han sido cubiertas en su totalidad en las subastas CESUR²² del cuatro trimestre de 2013. Igualmente, no cabe computar en la posición neta de la empresa la producción procedente de centrales de carbón autóctono, ya que su retribución también se encuentra cubierta por el mecanismo de restricciones por garantía de suministro, y por tanto no expuesta al precio del mercado spot.

De acuerdo con todo lo anterior, y considerando únicamente la posición neta de la empresa en el mercado de contado, tal y como ha planteado Iberdrola en sus alegaciones, la posición neta de la empresa es vendedora durante el periodo analizado, excepto en 4 días. Todo ello, teniendo en cuenta que no ha sido posible descontar del cálculo las compras correspondientes a los contratos indexados al mercado diario al desconocer esta Comisión el volumen asociado²³, por lo que la posición real en el mercado spot de la empresa sería más vendedora de lo que se muestra en el gráfico siguiente.

²¹ Así, [---] afirma en el citado Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, que tanto el comercializador como el generador tienen incentivos a firmar contratos a plazo, y así reducir el riesgo al que están expuestos. Capítulo 13 del Tomo II pág. 385.

²² Parte estaría cubierto en las propias subastas CESUR y otra parte, cubierta a través de contratos realizados con las energías renovables, la cogeneración y los residuos al precio resultante de la subasta CESUR.

²³ De acuerdo con la información proporcionada por los propios consumidores industriales a esta Comisión, la mayor parte de éstos estarían suministrados a través de contratos indexados al precio del mercado spot.

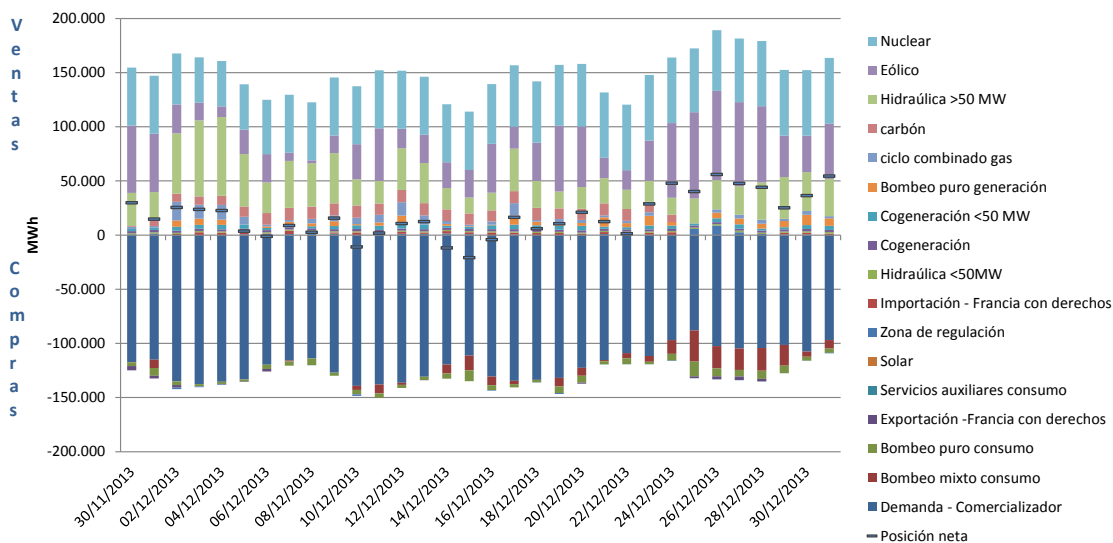


Gráfico 4. Ventas y compras realizadas por Iberdrola en el mercado de producción al contado y posición neta (GWh) deducidas las compras del comercializador de último recurso y las ventas del carbón autóctono

Fuente: CNMC

Por tanto, incluso si se aceptara el argumento aportado por Iberdrola, en el que indica que no tendría interés en alterar el precio del mercado al alza atendiendo a la posición neta compradora del grupo, cuestión que esta Comisión no comparte, hay que señalar que su posición no resultó compradora sino vendedora con carácter general en diciembre de 2013.

b).4. Sobre el carácter inconsistente con respecto a manifestaciones previas de la CNMC

Según señala Iberdrola Generación, la Propuesta de Resolución es inconsistente con manifestaciones previas de la CNMC, pues en los informes de 7 de enero de 2014 y 10 de julio de 2014 la CNMC atribuye la subida de los precios del mercado a “circunstancias atípicas” y a una “concatenación de hechos”.

A este respecto, ha de indicarse que los informes mencionados no tienen por objeto decidir acerca de la infracción de la normativa sectorial imputada a Iberdrola Generación en el marco del procedimiento sancionador. El primero de los informes, de 7 de enero de 2014, se emite en cumplimiento del artículo 14.3 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, y tiene por objeto hacer pública, confirmar y complementar la justificación de la consideración relativa a que no procedía validar la 25ª subasta CESUR; el segundo de los informes, de 10 de julio de 2014, tiene por objeto el análisis de las transacciones en el mercado a

plazo del contrato equivalente al subastado en la 25ª CESUR en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre y el 19 de diciembre de 2013.

En cualquier caso, no se observa contradicción alguna por el hecho de que la CNMC aluda, en dichos informes, a “circunstancias atípicas” y a “concatenación de hechos” en las causas del incremento del mercado spot. Téngase en cuenta que no se está imputando a Iberdrola Generación la totalidad del incremento de los precios que experimentó el mercado eléctrico en las tres primeras semanas del mes de diciembre, sino el hecho, ya expuesto reiteradamente en los Hechos Probados y Fundamentos de Derecho precedentes, de que, ante una situación de subida de los precios del mercado, Iberdrola Generación toma la decisión de retirar una capacidad que venía ofertando, a fin de permitir la programación de los ciclos combinados (que marcarán un precio que será más más alto al que, sin esa retirada de capacidad, se hubiera marcado).

Por eso, el concreto reproche que se traslada a Iberdrola Generación se constriñe al incremento en 7 euros/MWh del valor del precio de casación. En definitiva, no se imputa a Iberdrola Generación ser el causante de una hipotética artificial subida del precio desde los 50 euros/MWh que marcaba el mercado en noviembre de 2013 a los 80-90 euros/MWh que marcaba en las tres primeras semanas de diciembre, sino de aprovechar esa subida de precios para incrementar el precio de casación en 7 euros/MWh adicionales, lo que se produce por la retirada de la programación hidráulica a la que se hace reiterada referencia a lo largo de esta Resolución.

Resta por señalar que, indudablemente, en los informes de 7 de enero de 2014 y 10 de julio de 2014 la CNMC no se está asegurando que no haya concurrido actuación infractora alguna en los sujetos que intervinieron en el mercado en el mes de diciembre de 2013. La existencia de una posible infracción de parte de algún sujeto concreto es una cuestión ajena al objeto de los informes, que ha de dilucidarse en el marco del procedimiento correspondiente. Precisamente, esta misma Sala, que emite los informes mencionados, era consciente de haber instado previamente, el 10 de diciembre de 2013, la apertura de un período de información previa para analizar los precios del mercado (ver Antecedente de Hecho Primero de esta Resolución; folio 2 del expediente administrativo); período de información previa que había de seguir su curso al objeto que del mismo resultara procedente, y que de hecho concluyó en la incoación del presente procedimiento. Así, el propio informe de 7 de enero de 2014 señala expresamente en su número (35): *“En vista de este contexto, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con fecha 10 de diciembre de 2013, acordó abrir un proceso de información previa, con objeto de analizar los movimientos inusuales en los precios del mercado al contado de electricidad. El presente informe se entiende sin perjuicio de dichas actuaciones.”*

b).5 Sobre la racionalidad del comportamiento de Iberdrola

Iberdrola Generación sostiene la racionalidad de su decisión de reservar la capacidad hidráulica en dos circunstancias: la caída de las aportaciones hidráulicas y la expectativa de precios futuros, que permitiría tener disponible la capacidad para momentos de demanda punta.

Estima esta Sala que, aunque se quiera resaltar el valor de los datos de ritmo de desembalse o de caída de aportaciones, éstos, en el contexto de las circunstancias acaecidas en el período de referencia, son accesorios respecto a la efectiva disponibilidad del agua que se tenía (la cantidad de existencias efectivas en el embalse), y a este respecto es claro, conforme a los Hechos Probados, que el nivel de existencias en los embalses era, en diciembre de 2013, comparativamente alto. En efecto, tal y como destaca el informe de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], la virtualidad de la central hidroeléctrica regulable –la central que dispone de embalse- es que *“puede decidir en cada momento si le es más conveniente producir las aportaciones hidráulicas que le llegan en ese momento o almacenarlas en el embalse y producir con ellas más adelante”* (folio 569 del expediente); es decir, que puede “gestionar” su producción con base en las reservas de agua que hay en el embalse.

Al final, por tanto, en el marco de la valoración del coste de oportunidad al que se refiere Iberdrola Generación, lo relevante es la determinación del uso de esas existencias o reservas conforme a los momentos de mayor demanda. Pues bien, se insiste en este punto, de nuevo, en que, no había justificación para tomar la decisión de retirar una capacidad hidráulica que venía ofertándose cuando, manteniéndose los embalses con capacidades altas, el precio del mercado pasa precisamente a subir de forma muy destacada, llegando prácticamente a duplicarse el valor del mismo.

b).6 Sobre el informe de CONSULTORA

Son varias las alegaciones que efectúa Iberdrola Generación en relación con el informe de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] de CONSULTORA. Considera que su contenido permite soportar la ausencia de infracción por parte de Iberdrola Generación, entiende además que el informe debe ser calificado de dictamen pericial, y que su autor debería declarar como testigo en una supuesta vista del procedimiento.

b).6.1. Sobre la naturaleza del informe

Iberdrola Generación aportó el informe de CONSULTORA junto con su escrito de alegaciones presentado el 8 de abril de 2015, solicitando que fuera admitido con el valor de dictamen pericial. El Acuerdo de 26 de julio de 2015 de práctica de actuaciones complementarias admite el informe presentado, aunque aclara que no lo califica de dictamen pericial, sino que, conforme al artículo 17.3 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, lo califica como un documento o información que se presenta por el interesado “*en cualquier momento de la tramitación del procedimiento*”.

En su escrito de alegaciones presentado el 30 de julio de 2015, Iberdrola Generación insiste en que el informe de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] de CONSULTORA debería ser valorado específicamente como dictamen pericial, en atención al juicio o pericia técnica de quien lo emite.

No encuentra sentido esta Sala en la especial insistencia de Iberdrola Generación acerca de este punto, teniendo en cuenta que, en todo el caso, el contenido del informe ha de ser valorado razonadamente -como los demás elementos que conforman el expediente- a la hora de tomar una decisión; circunstancia que no varía si el informe se considera como dictamen pericial o si no se considera como tal.

Lo que no procede, en modo alguno, es que la Sala de Supervisión Regulatoria atribuya de antemano al contenido del informe un valor singularmente destacado al amparo del argumento de autoridad, que es lo que parece que pretende Iberdrola Generación. El informe, que proviene de una consultora económica con trabajos en los sectores regulados, ha de ser valorado por su contenido, sometido, como los demás elementos que determinan la decisión a adoptar, a las reglas de la sana crítica.

b).6.2. Sobre el contenido del informe

b).6.2.1. Aspectos generales

Entrando en el examen de su contenido, ha de indicarse, de un modo general, que el informe de CONSULTORA no es un informe que verse de una forma específica sobre una determinada cuestión técnica, sino que es un informe cuyo objeto es, en sentido propio, el “*Análisis de la Propuesta de Resolución del Expediente Sancionador SNC/DE/46/14*” (folios de 515 a 555 del expediente administrativo); al hilo de esa cuestión, el informe –orientado ese objeto de analizar la Propuesta de Resolución- contiene, no obstante, abundantes consideraciones técnicas que se han de examinar por esta Comisión acerca de diferentes elementos que se consideran al objeto de valorar la conducta de Iberdrola Generación.

El informe se completa con otro posterior, adjuntado por Iberdrola Generación a su escrito de alegaciones de 30 de julio de 2015 cuyo objeto es *“Sobre si las respuestas y explicaciones de la CNMC se ajustan a lo solicitado por Iberdrola Generación”* (folios 828 a 850 del expediente administrativo). En este informe complementario también se incluyen algunas consideraciones técnicas; si bien, ocupa una parte principal del mismo la cuestión del examen de la coherencia entre, por un lado, la prueba solicitada por Iberdrola Generación, y, por otro, el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias adoptada por esta Sala; cuestión que claramente queda ya lejos de lo que puede ser valorado como un juicio de carácter técnico-económico.

b).6.2.2. El carácter imperfecto de la información con que cuentan los agentes

El informe de 8 de julio de 2015 de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]de CONSULTORA comienza recordando que la información con que cuentan los sujetos del mercado es imperfecta, y, a este respecto, considera que *“No parece razonable considerar como “manipulación fraudulenta” el hecho que Iberdrola Generación no anticipara el incremento en el precio del mercado o la caída en las aportaciones (e.d. en la energía “producible”) que se produjeron en diciembre de 2013”*.

Sin embargo, hay que señalar que no se trata de no haber anticipado una subida de precios: Iberdrola Generación ve día a día los precios que va marcando el mercado, y, según los ve, va elevando el precios de sus ofertas para evitar que resulten casadas. No se trata de que Iberdrola Generación hubiera fijado una política de precios elevados, con un mes de anticipación, y que, una vez fijada esa política, luego le fuera imposible modificar tales precios. Se dan unas circunstancias muy diversas a esa que plantea el informe de CONSULTORA: Aunque Iberdrola Generación observa que los precios que establece determinan la reducción de la capacidad que entra en la casación, no reduce sus ofertas; al contrario, no sólo no reduce sus ofertas, sino que las modifica para subir su valor, cuando observa que el precio de casación se acerca al nivel de sus ofertas.

En cuanto a la caída de las aportaciones, ya se ha señalado la mayor relevancia que tiene el dato de las reservas existentes en el embalse; es de significar, además, que el impacto que tiene la reducción de las aportaciones de agua es muy reducido respecto al volumen de las reservas que estaban acumuladas. Y ésta (volumen de las reservas) era una información absolutamente cierta (sin incertidumbre) con la que contaba Iberdrola Generación.

b).6.2.3. Las fechas en que se produce reducción de la producción

En su informe, D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] de CONSULTORA afirma lo siguiente:

“En realidad, tal como muestra el gráfico siguiente (que reproduce el gráfico I de la Propuesta de Resolución) no solamente no se aprecia una reducción en la producción a partir del 30 de noviembre, sino que la producción hidroeléctrica en días laborables alcanzó su nivel máximo el 4 de diciembre (a pesar de lo cual ese día se observó el mayor precio de todos los precios observados en el mercado diario hasta ese momento en esos meses).

Asimismo, tal como se muestra en el gráfico siguiente, el 6 de diciembre (día festivo) y el fin de semana del 7-8 de diciembre la generación de estas unidades fue similar o superior a la de los fines de semana de noviembre 2013 (a pesar de lo cual el día 8 de diciembre se observó el mayor precio de todos los precios observados en el mercado diario en dichos meses).

Por lo tanto, es incorrecto hablar de una reducción de la programación de estas centrales desde el 30 de noviembre. La reducción en la producción se produjo con posterioridad al incremento en el precio del mercado. De hecho, como se puede apreciar en los gráficos, los días 4 y 8 de diciembre se alcanzaron puntas de precios, a pesar de ser ambos días de máxima producción hidroeléctrica. Por ello, no cabe atribuir los elevados precios observados a una reducción de la producción hidroeléctrica.”

De las circunstancias expuestas, el informe de CONSULTORA vendría a extraer dos conclusiones:

- Una de detalle, que implica que sólo se debería considerar a los efectos de la infracción el período entre el día 6 de diciembre y el día 23 de diciembre.
- Otra general, que le lleva a concluir que la reducción de la producción de Iberdrola Generación es posterior al incremento de los precios del mercado.

Frente a la primera de estas conclusiones, ha de recordarse que la conducta imputada a Iberdrola Generación consiste en la aplicación de una subida de sus precios, y que esa subida de los precios busca, mediante la retirada de la capacidad a que se aplica dicha subida, provocar la entrada de los ciclos combinados. Ese objetivo que persigue la conducta imputada no se consigue de forma automática o con una correlación perfecta respecto al efecto pretendido; ello no impide apreciar de forma nítida el efecto global de la conducta de Iberdrola Generación sobre la producción hidráulica de los días de referencia.

Tal y como resulta del Hecho Probado Primero y como se afirma en el Fundamento de Derecho III, Iberdrola Generación venía produciendo unos 45 GWh los días de noviembre de 2013 en que el mercado se situaba en el entorno de los 45-55 euros/MWh.

Es cierto que los días 3, 4 y 5 de diciembre (en que se producen, respectivamente, 49,7 GWh, 59,9 GWh y 44,6 GWh) no es apreciable la reducción de la producción, y, de hecho, el día 4 de diciembre hay incremento. Ahora bien, la estrategia de subida del precio de Iberdrola Generación comienza el día 30 de noviembre, y ese mismo día -al que, sin embargo, no se refiere el informe de CONSULTORA- la reducción de la producción es muy clara y muy acusada (con sus unidades hidráulicas de referencia, Iberdrola Generación sólo produce 10,6 GWh). La reducción de producción también es clara el día siguiente 1 de diciembre (sólo produce 17 GWh). El día 2 estos valores suben, aunque la producción sigue sin alcanzar la media antes señalada. Los tres días siguientes (los días 3, 4 y 5 de diciembre, ya mencionados) la estrategia de subida precios continúa, pero, dados los datos del mercado, no se produce reducción de producción.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que a partir del día 2 de diciembre el precio del mercado sube cada día de forma muy acusada desde los 50 euros/MWh a 69,9 euros/MWh, 81,5 euros/MWh y 87,6 euros/MWh). Luego, los precios se estabilizan ya, e Iberdrola Generación concentra de modo uniforme sus ofertas en rangos superiores a los valores de casación.

Así, pues la conducta imputada a Iberdrola Generación (consistente –como se ha dicho- en la subida de precios de sus ofertas) se desarrolla desde el día 30 de noviembre, y el efecto de dicha conducta (la reducción de la producción) se puede observar también desde esa fecha, aunque, como dice el Hecho Probado Primero, el efecto destaca, en realidad, desde el 6 de diciembre de 2013 (a partir de la cual se puede apreciar de un modo notable la correlación entre subida de precios y reducción de producción).

En cualquier caso, el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias de 16 de julio de 2015, tras valorar esta alegación de Iberdrola sobre las fechas de reducción de la producción, hizo cálculo alternativo de los beneficios obtenidos por esta compañía si se excluyera del cómputo el período entre el 30 de noviembre de 2013 y el 5 de diciembre de 2013, sin que el resultado obtenido (19,7 millones de euros) implicara un magnitud sustancialmente diferente de la que se había calculado en la Propuesta de Resolución (22,6 millones de euros).

Respecto a la conclusión de tipo general que se extrae en el informe de CONSULTORA (que la reducción de la producción de Iberdrola Generación es posterior al incremento de los precios del mercado), lo que ha de destacar esta Comisión es que la conducta que se imputa a Iberdrola Generación es, precisamente, llevar a cabo una retirada de producción *con ocasión* de una subida de precios del mercado (en previsión de la misma y a la vista de la misma), pues es en el marco de esa subida de precios en el que adquiere

sentido la retirada de producción hidráulica que permite la entrada de los ciclos combinados.

b).6.2.4. La menor aportación hidráulica

El informe de CONSULTORA destaca que el año 2013 se encuentra en peores condiciones que los precedentes (2011 y 2012) en cuanto a las aportaciones hidráulicas que reciben los embalses.

Frente a esta consideración se reitera lo señalado en el Hecho Probado Segundo: Los datos del producible (considerado como aportación de agua al embalse) tiene una relevancia muy reducida frente al volumen de reservas acumuladas en los embalses. En cualquier caso, no cabe encontrar en dicho dato del producible justificación de la conducta de elevación de precios de Iberdrola Generación, pues, la estrategia de elevación de precios seguida por Iberdrola Generación empieza a desarrollarse, el día 30 de noviembre de 2013, y, precisamente, los datos del producible de la primera semana de diciembre para el conjunto de las tres cuencas apenas son inferiores en 2013 a los de los años precedentes (son superiores para Duero y Sil aunque inferiores para Tajo).

Asimismo, el citado informe indica que *“El criterio de la CNMC exigiría a Iberdrola Generación [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FINAL CONFIDENCIAL] Esta reducción en las reservas difícilmente podría ser considerada como una gestión prudente por parte de Iberdrola Generación”*. Sin embargo, sorprende que a Iberdrola Generación le preocupe en diciembre de 2013 llevar una gestión prudente de sus reservas, cuando en diciembre de 2012, la elevada producción que hizo con sus centrales situó los embalses en unos niveles inferiores a la media de los 10 años anteriores (2.683 GWh en 2013, valor muy inferior a los 4.072 GWh). A estos efectos, cabe recordar que el propio informe de CONSULTORA de abril de 2015 (folio 535), justifica que el *“[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]”*. Es decir, en 2012, Iberdrola priorizó el mayor valor que tenía el agua en aquel momento, sin que los reducidos niveles de reservas de sus embalses supusieran entonces ninguna limitación a la gestión de su hidráulica.

Adicionalmente, el informe de CONSULTORA indica que si las unidades de *“Duero, Sil y Tajo hubieran producido todo lo necesario para servir la demanda a un precio superior a 80€/MWh, llevaría a la situación infactible desde el punto de vista técnico de que dichas cuencas deberían producir por encima de su capacidad de generación. En concreto, la aplicación del supuesto de la CNMC llevaría a que en 21 horas del periodo comprendido entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2013 la producción de estas cuencas debía ser mayor a su capacidad de generación¹¹”*. La afirmación anterior no es correcta, ya que teniendo en cuenta la capacidad máxima de generación estimada por Iberdrola

de 5.195 MW (de acuerdo con la nota al pie 11 del citado informe) ofertada a un precio no superior a 80 €/MWh, las centrales de Iberdrola habrían podido producir un volumen de energía incluso superior [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] , sin superar horariamente la capacidad máxima de generación de las cuencas afectadas.

b).6.2.5. Los precios de OMIP

Con respecto a los precios futuros el informe expresa que puede haber otras referencias de precios alternativas a OMIP, concluyendo lo siguiente:

“Sin embargo, la expectativa de ingresos que se obtiene en la Propuesta de Resolución puede no reflejar la estimación de Iberdrola Generación con respecto al coste de oportunidad del agua de esas centrales:

1. La metodología de estimación del coste de oportunidad utilizada en la Propuesta de Resolución es simplista, y por ello es improbable que se corresponda con la metodología realmente utilizada por Iberdrola Generación.

2. La Propuesta de Resolución toma el precio del OMIP como estimación del precio del mercado, pero dicho precio puede no corresponderse con el previsto por Iberdrola Generación.

3. La Propuesta de Resolución considera una relación entre los ingresos de las centrales y el precio medio del mercado que puede no ser la mejor estimación de dicha relación, ni la que habría considerado Iberdrola Generación (si hubiera utilizado esa metodología).

Por ello, que en la Propuesta de Resolución se obtenga una estimación del valor del agua que es diferente al valor considerado por Iberdrola Generación no demuestra que ésta manipulara "fraudulentamente" sus ofertas. Únicamente demuestra que utilizando una metodología simplista y distinta de la usada por Iberdrola Generación, en la Propuesta de Resolución se obtiene un valor distinto del considerado por Iberdrola Generación.”

El informe de CONSULTORA no contiene una especificación de razones que puedan sostener la decisión de Iberdrola Generación de retirar el recurso hidráulico. Su virtualidad se agota en señalar que las empresas pueden manejar referencias alternativas a los precios de OMIP. Ya se ha señalado que esta Comisión no juzga razonable considerar que hubiera una estimación de precios futuros que pudiera justificar renunciar a producir en el momento punta del mercado que se marca en las tres primeras semanas de diciembre de 2013.

Adicionalmente, cabe señalar que, si bien OMIP pudiera no ser la única referencia para manejar una estimación de precios futuros, la experiencia ha demostrado que, desde enero 2010 hasta 2013, los precios a plazo registrados en OMIP han sido sistemáticamente más altos en media que el precio spot, motivado en parte de la existencia de una demanda a plazo precio – aceptante (subastas CESUR) que ha presionado al alza los precios. Por ello, la referencia

utilizada estaría posiblemente sobre-estimando cualquier otra que pudiera utilizarse.

Por otra parte, las referencias a plazo OMIP agregan información de un número elevado de agentes heterogéneos [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]. La teoría considera que, si bien las referencias a plazo no son perfectas, esto es, podrían incorporar una prima (positiva o negativa) en relación con el precio del mercado de contado, la participación de todos los agentes permite incorporar la mejor información de la que disponen todos ellos, haciendo que las cotizaciones confluyan hacia la mejor estimación posible. En particular, durante el mes de diciembre de 2013, Iberdrola participó en este mercado a plazo con posición vendedora. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] No obstante, en aras a elegir la referencia más conservadora, en el análisis realizado en el Hecho Probado Quinto se ha elegido la cotización más elevada con periodo de liquidación en el primer trimestre (64 €/MWh), [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] , por lo que no puede aceptarse la crítica realizada a este respecto.

b).6.2.6. El cálculo del beneficio:

Con relación al método de cálculo del beneficio, el informe contiene determinadas consideraciones. Con base en estas consideraciones Iberdrola Generación solicitó en el escrito de alegaciones presentado el 8 de abril de 2015 la realización de determinadas pruebas (una aclaración de la metodología de estimación del beneficio, una estimación alternativa del beneficio utilizando determinadas premisas y una simulación del precio del mercado).

Cumple en este punto remitirse al Acuerdo de 16 de julio de 2015, de práctica de actuaciones complementarias, en el que, tras hacer valoración de las consideraciones del informe de CONSULTORA, se admitieron las pruebas propuestas.

En dicho Acuerdo esta Sala expuso lo siguiente:

- Observó que el método de cálculo es el reflejado en el hecho probado sexto de la Propuesta de Resolución, notificada a Iberdrola Generación, resumiendo las operaciones aritméticas que del mismo resultaban (ver folios 794 a 797 del expediente, que se corresponden con las páginas 9 a 12 del Acuerdo).
- Se hizo el cálculo alternativo del beneficio bajo las premisas planteadas por el informe de CONSULTORA aportado por Iberdrola Generación (folios 797

a 801 y folio 805 del expediente, que se corresponden con las páginas 12 a 16 y con el anexo 1 del Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias):

En concreto, restringiendo el cálculo del beneficio al período comprendido entre los días 6 y 23 de diciembre de 2013 (período en el que quedaría un volumen de 2.334 GWh despachados por Iberdrola Generación) y considerando sólo aquellas horas en las que el precio del mercado diario es superior a los 80 €/MWh (supuesto en el que quedaría un volumen de 1.375 GWh despachados por Iberdrola Generación), se obtuvo un valor de 19,7 millones de euros.

Asimismo, considerando el descuento de los tributos regulados por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, adicionalmente a los condicionantes anteriores (período temporal del 6 al 23 de diciembre y energía producida en horas con precio superior a 80 €/MWh), el resultado calculado en el hipotético escenario planteado ascendería a un valor de 17,1 millones de euros.

En el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias ya argumentó esta Sala que no consideraba razonables las premisas expuestas por Iberdrola Generación; no obstante, se llevó a efecto el cálculo solicitado, sin que el resultado obtenido mediante dicho cálculo alternativo implique una variación sustantiva en la magnitud del beneficio calculado.

- Se razonó (folios 801 y 802 del expediente, que se corresponden con las páginas 16 y 17 del Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias) que no era relevante el hecho de que Iberdrola Generación mantuviera, durante el período de referencia, producción con las unidades hidráulicas de referencia, pues lo relevante es la retirada de la producción de tales unidades en la medida en que la misma se produjo; asimismo, se razonó que, en el medio y largo plazo, el incremento del precio de compra de energía que soporta el comercializador en el ámbito mayorista se traslada de forma general al mercado minorista.
- Se llevó a cabo una simulación del precio del mercado en 2014 y primeros meses de 2015 bajo la premisa de que Iberdrola Generación hubiera aportado en diciembre de 2013 la cantidad de agua que se retiró, obteniéndose que en vez de haberse incrementado el precio del mercado en 105 millones de euros, sólo se hubiera incrementado en 31 millones de euros (folios 802, 803 y 806 del expediente, que se corresponde con las páginas 17 y 18 y con el anexo 2 del Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias).

b).6.2.7. Sobre la declaración de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] :

En el escrito de alegaciones relativo a la Propuesta de Resolución, presentado el 8 de abril de 2015, Iberdrola Generación solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

“(…)

Testifical de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], a los efectos de lo dispuesto en el artículo 347.1.1º,2º,3º, 4º y 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en el proceso administrativo).

(…)

Testifical de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] y Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], a los efectos de lo dispuesto en el artículo 347.1.1º,2º, 3º,4º y 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

En el Acuerdo de 16 de julio de 2015 de práctica de actuaciones complementarias se desestimó la práctica de las pruebas testificales solicitadas, considerando que el trámite de vista (en el que se había de incardinar la intervención solicitada) no tenía lugar en el procedimiento administrativo, y considerando en cualquier caso que la práctica de tales declaraciones resultaba superflua, pues no se apreciaba necesidad de recabar información u opinión adicional de los sujetos de que se trataba.

En el escrito de alegaciones presentado el 30 de julio de 2015 Iberdrola Generación vuelve a insistir en la necesidad de practicar esta prueba, si bien la refiere en particular a la exposición oral por D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] (autor del informe de CONSULTORA) del informe que fue presentado: *“En definitiva, por medio del presente escrito solicitamos nuevamente a la Sala de Supervisión Regulatoria que acuerde la declaración ante la propia Sala de los autores de los informes periciales, en particular la declaración de Don [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL], de CONSULTORA, para que proceda a la exposición oral de su dictamen, singularmente en los aspectos antes indicados.”* Tales aspectos a los que se había de referir la declaración de D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] son los extremos de su informe relativos a la importancia de la reducción de las aportaciones a los embalses: *“Por tal razón, Iberdrola Generación entiende que la exposición oral por el Sr. Perito de las sustanciales diferencias que existen entre la situación de los embalses en esos años, y el impacto que esa diferente situación tiene en la estrategia de diseño de las ofertas de las centrales hidroeléctricas, contribuirá a reforzar sus alegaciones en este sentido.”* Apoya el imputado esta cuestión en que: *“la explicación de los dictámenes periciales ante la Sala de Supervisión Regulatoria será particularmente útil, dada la complejidad de algunas de las materias en ellos abordadas”.*

Respecto a esta insistencia de Iberdrola Generación ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1.- La prueba que fue solicitada por Iberdrola Generación consiste en la participación de los peritos en la vista del juicio. Omite el imputado el momento procedimental en que plantea la misma. Esta Sala insiste en que la fase de vista (en la cual se había de incardinar la declaración solicitada) no está prevista en el artículo 19 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Cuando el citado precepto 19 regula las alegaciones del imputado respecto a la propuesta de resolución establece un trámite que tiene lugar por escrito, de modo que las alegaciones se han de “presentar” ante el instructor, para que luego éste las pueda “cursar al órgano competente para resolver”. No se contempla una fase de vista oral en este concreto trámite del procedimiento administrativo.²⁴

2.- La actuación solicitada consiste en permitir a D. [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL] exponer oralmente el informe que aporta Iberdrola Generación. Teniendo en cuenta que el citado informe se tiene por aportado, y que, dado el momento en que Iberdrola Generación solicita la actuación, ésta debía decidirse en el marco del artículo 20.1 del Reglamento de procedimiento, es clara la procedencia de desestimar la actuación solicitada, pues ésta no podía ser calificada de “indispensable” para resolver el procedimiento.

Ya se razona en el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias que no se aprecia la necesidad de llevar a cabo una exposición oral del informe, considerando que el mismo consta ya aportado al procedimiento. Pues bien, en todo caso, lo que es incuestionable es que dicha exposición oral –referida a un informe que ya consta- no puede ser calificada de *indispensable para resolver el procedimiento*, con lo que no procedía su adopción como actuación complementaria (que es el trámite en que cabía ventilar la solicitud de Iberdrola Generación): “*Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá*

²⁴ Frente al principio de oralidad que puede regir en los procesos judiciales, en el procedimiento administrativo el artículo 55 de la Ley 30/1992 establece la regla general de la escritura, que se predica de los diferentes actos administrativos (tanto los definitivos o resolutorios, como los de trámite); regla que está establecida en orden a facilitar la revisión de tales actos: “*Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.*” Pues bien, como se ha dicho, la norma específica que regula el trámite de alegaciones a la Propuesta de Resolución establece la producción del mismo por escrito (es decir, no acoge una excepción a esa regla general que resulta del artículo 55), permitiendo que a las alegaciones escritas se acompañen los “*documentos e informaciones*” que el imputado considere oportunos; en definitiva, no se contempla alcanzado ya el fin de instrucción una exposición oral de argumentos o justificaciones ante el órgano instructor que efectuó la propuesta de resolución o ante el órgano que habrá de resolver el procedimiento.

decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.”

3.- Iberdrola Generación solicita la prueba como de carácter “testifical”. Del objeto de la misma que ha sido expuesto se deriva claramente su inadecuación como medio de prueba testifical ya que la misma no consiste en una declaración de hechos sobre los que se tenga conocimiento el testigo, sino en una valoración de los mismos. Los hechos objeto del presente procedimiento no resultan controvertidos, es la diferente valoración o apreciación de los mismos lo que se discute en este expediente.

4.- En las alegaciones presentadas el 30 de julio de 2015 Iberdrola Generación viene a señalar que la exposición oral tendría utilidad dada la complejidad de algunos aspectos y a los efectos de la exposición de las diferencias en los embalses -entre los años 2011 y 2012 respecto al año 2013- en cuanto a las aportaciones de agua recibidas.

En relación con la primera de las cuestiones alegadas, se señala que esta Comisión tiene la consideración de Autoridad Reguladora Nacional de los sistemas energéticos y es organismo competente para la supervisión del mercado eléctrico y del gas natural, en particular, el mercado mayorista de electricidad. En su doble condición de Regulador y Supervisor dispone de los conocimientos técnicos suficientes para abordar las cuestiones controvertidas en el presente procedimiento.

En relación con las aportaciones de agua, como resulta de los apartados previos, esta Sala ya tiene noticia de esas diferencias y ha hecho ponderación de las mismas, dando a las mismas un valor secundario frente al dato de las reservas de agua del embalse (el *equivalente en energía*), las cuales eran comparativamente altas, y porque, en concreto, el impacto de la caída de las aportaciones es muy reducido frente a ese volumen de reservas acumuladas. En cualquier caso, como se ha señalado en el hecho Probado segundo, lo que no puede pretenderse es que la estrategia de Iberdrola Generación encuentre su justificación en estos datos de la caída de las aportaciones, pues la estrategia de elevación del precio se desarrolla por Iberdrola Generación desde el 30 de noviembre de 2013, antes de que se produzca una caída en los datos del producible (pues los datos de las aportaciones durante la primera semana de diciembre de 2013 son semejantes a los de los años precedentes).

5.- En definitiva la prueba testifical propuesta por Iberdrola Generación es improcedente: desde el punto de vista procedimental por plantearse en la fase alegaciones a la propuesta de resolución y no ser indispensable para resolver el procedimiento y desde el punto de vista material por no referirse al conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, por la innecesariedad de su práctica ante el Organismo Regulador y Supervisor del mercado mayorista,

y por la irrelevancia del dato referido a las aportaciones en el contexto al que se refieren los hechos.

b).6.2.8. Sobre el informe complementario de CONSULTORA:

Dejando de lado la cuestión relativa a la coherencia entre la prueba solicitada por Iberdrola Generación y el Acuerdo de actuaciones complementarias de la CNMC (al que se refiere el primero de los dos apartados del informe complementario de CONSULTORA²⁵), cuestión que se examinará posteriormente, el informe complementario de CONSULTORA recoge las siguientes consideraciones:

- La inclusión de energía representada por Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. y de las compras del bombeo. Iberdrola Generación afirma que en el cálculo del beneficio obtenido no debe atribuirse a esta sociedad la energía representada por la comercializadora de último recurso de su grupo por no ser de propiedad. A estos efectos, esta Sala ha procedido a corregir el cálculo del beneficio estimado y se ha detraído de la generación de Iberdrola las energías renovables, cogeneración y residuos representadas por Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., de acuerdo a la información aportada por Iberdrola.

Igualmente, esta Sala ha considerado la pérdida de beneficio que ha supuesto los mayores costes de compra de sus unidades de bombeo por el incremento del precio del mercado.

No obstante, el volumen de energía asociado a ambas correcciones representa en torno a un 6% de la generación del imputado, por lo que el impacto sobre el beneficio estimado es poco significativo. Las correcciones citadas han sido reflejadas en el Hecho Probado Sexto.

- El efecto del incremento del precio en las unidades de compra de Iberdrola Generación. Lo que solicita en este punto Iberdrola es que se tenga en cuenta en el cálculo del beneficio el perjuicio sufrido por su demanda. Como ya se ha indicado a este respecto, si lo que se pretendiera es calcular el impacto del incremento del precio del mercado sobre el grupo empresarial, ha de evaluarse teniendo en cuenta la cobertura de riesgos de la empresa considerando su participación en el mercado al contado y a plazo y las condiciones de los contratos de suministro.

²⁵ “A continuación se analiza si las respuestas aportadas por la CNMC se ajustan a cada una de las peticiones planteadas por Iberdrola Generación. (...)” (Folio 835 del expediente administrativo)

Asimismo, sería necesario valorar el impacto del incremento reflejado en los mercados a plazo – derivado del incremento del precio spot- en los contratos de suministro suscritos por la empresa a partir del periodo analizado, ya que en el medio – largo plazo, las comercializadoras trasladan a los consumidores los costes de adquisición de energía, beneficiándose el grupo verticalmente integrado de los incrementos del precio en el mercado mayorista.

A este respecto, Iberdrola Generación afirma que el incremento de precio no pudo ser traslado a los consumidores dado que se trató de un hecho “imprevisto” y “puntual”, pero la realidad es que el incremento del precio spot fue reflejado en los mercados a plazo. A modo de ejemplo, la subasta CESUR reflejó un incremento de un 25% de la cotización del contrato del primer trimestre de 2014 con respecto a las cotizaciones que se registraban antes del periodo analizado en este procedimiento. Por tanto, el efecto que la conducta de Iberdrola ha tenido sobre el mercado minorista puede haber sido aún mayor que en el mercado mayorista.

En todo caso, tal y como se ha dicho anteriormente, el objetivo del generador es maximizar siempre su beneficio, independientemente de la posición del grupo, por lo que no procede estimar esta cuestión.

- La inclusión de la energía vendida en contratos bilaterales. El informe de CONSULTORA afirma que no puede contabilizarse en el cálculo del beneficio la energía vendida mediante contratos bilaterales ya que las partes que suscriben un contrato bilateral pactan la entrega de un volumen de energía a un precio determinado. A este respecto, no puede aceptarse la afirmación de Iberdrola ya que estos contratos son intragrupo y tienen la misma consideración que cualquier otra energía inframarginal despachada en mercado diario. Prueba de que tanto el volumen de energía como el precio de los contratos bilaterales sí están afectados por el precio del mercado es la evolución de la energía vendida a través de contratos bilaterales por parte de la generación de Iberdrola a su comercialización, ya que ésta se reduce sustancialmente cuando el precio del mercado se sitúa en niveles reducidos. Tampoco puede entenderse que los contratos de Iberdrola conlleven un volumen de energía pactado cuando la energía hidráulica vendida a través de estos contratos intragrupo varía significativamente en función de la hidraulicidad que registra cada periodo. Es decir, en periodos con fuerte hidraulicidad, Iberdrola incrementa el volumen de energía hidráulica negociada a través de estos contratos, lo que muestra que su comportamiento coincide con el de cualquier otra energía inframarginal que participa en el mercado diario.

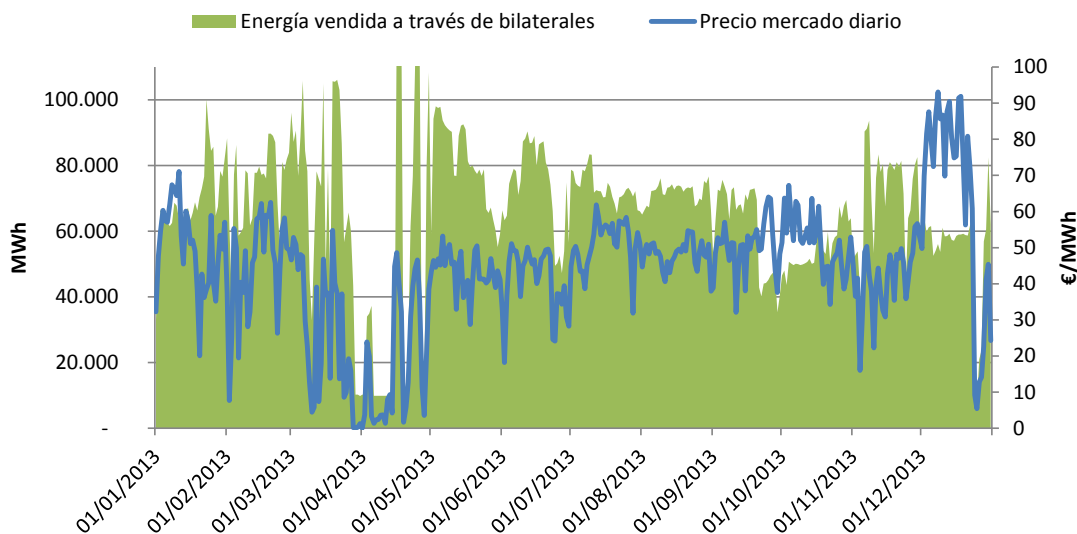


Gráfico 5. Cantidad de energía vendida por la generación de Iberdrola (GWh) a su comercializadora a través de contratos bilaterales frente al precio del mercado diario (€/MWh)

Fuente: CNMC

- Las pérdidas en que incurrir las centrales de ciclo combinado para estar acopladas. El informe de CONSULTORA rechaza la estimación realizada por la CNMC del beneficio obtenido por Iberdrola en el Acuerdo relativo a la práctica de actuaciones complementarias, por considerar que sesga al alza los resultados obtenidos al considerar únicamente en el cálculo las horas del día con precios superiores a 80€/MWh. Según se afirma en ese informe complementario no es correcto calcular el margen unitario sobre las horas punta sin tener en cuenta que parte de ese margen refleja el coste de mantener las centrales de ciclo combinado acopladas durante la noche.

A este respecto conviene recordar, que la CNMC no está calculando el margen de los ciclos combinados sino el precio del mercado que resultaría si las ofertas de la hidráulica de Iberdrola hubieran sido más consistentes con las expectativas de precios futuros existentes en ese periodo y el impacto que habría tenido sobre sus tecnologías inframarginales. Para ello, se han considerado tanto en la Propuesta de Resolución del Director de Energía como en la presente Resolución, ingresos y precios medios diarios, internalizando de esta manera en el cálculo, tanto las horas de precios punta como de precios valle.

Sin embargo, Iberdrola Generación afirma en el mencionado informe que no se deberían considerar únicamente las horas punta en el cálculo del beneficio. Esta petición resulta inconsistente con el hecho de que fue la propia Iberdrola la que solicitó en la práctica de actuaciones

complementarias que se realizara el cálculo del beneficio considerando únicamente estas horas y no aquéllas que registraran precios por debajo de 80 €/MWh. Cabe destacar además, que esta Comisión ya se pronunció en el citado Acuerdo de actuaciones complementarias sobre las limitaciones del ejercicio de cálculo solicitado.

No se entiende por tanto ahora, que la empresa afirme que la metodología no es correcta, cuando ha sido la propia Iberdrola quien solicitó su aplicación.

El informe complementario se proyecta también sobre otros aspectos (el incremento de los precios del mercado como un hecho previo a la retirada de producción de Iberdrola Generación, que no puede ser atribuido a la misma, y la necesidad de considerar los tributos derivados de la Ley 15/2012), extremos sobre los que ya se ha hecho la oportuna valoración, para concluir lo siguiente:

- Que la conducta de Iberdrola Generación se diseña para aprovechar un contexto de subida de precios del mercado, en el que la retirada de producción hidráulica permita la entrada de los ciclos combinados. No se reprocha a Iberdrola Generación ser el causante de ese contexto de subida de precios, sino de aprovecharlo para crear un incremento del precio adicional (de unos 7 euros/MWh).

Asimismo, la estimación del beneficio que se reprocha a Iberdrola Generación se concentra en el efecto de ese incremento adicional específico: Tal y como se afirma en el Fundamento de Derecho III, Iberdrola Generación venía produciendo unos 45 GWh los días de noviembre de 2013 en que el mercado se situaba en el entorno de los 45-55 euros/MWh. Desde el 30 de noviembre de 2013, en que el mercado se sitúa siempre por encima de esos valores (e incluso llega a duplicarlos), esas cantidades se reducen en media a la mitad²⁶. De este modo, de no haberse producido esa retirada de producción, se habría desplazado a los ciclos combinados más caros en la determinación del precio.

- Tal y como se expresó en el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias, para la estimación del beneficio, a juicio de esta Sala, basta considerar los resultados que aportaría el mercado, como marco de actuación en el que se desenvuelve la conducta del imputado (no siendo, por lo demás, los efectos de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, unos efectos que hayan de quedar circunscritos a las fechas objeto del procedimiento). En cualquier caso, el impacto de la consideración de los tributos regulados en dicha Ley, calculado por la CNMC (folio 805 del expediente), no arroja un resultado sustancialmente diferente en cuanto a la magnitud de la conducta.

²⁶ De hecho, varios días, se produce menos de 15 GWh. Ver tabla 2.

b).7 Sobre el informe de la Universidad[INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]:

El informe del [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]de la Universidad [INICIO CONFIDENCIAL] [---][FIN CONFIDENCIAL]describe desde un punto de vista técnico el funcionamiento y la operación de una central hidroeléctrica. No contiene ninguna valoración –de tipo general o de tipo particular- relativa a la conducta imputada a Iberdrola Generación con ocasión del presente procedimiento. Su objeto principal consiste en destacar que el titular de unidades de producción hidráulica gestionable buscará vender su producción en los momentos de precios más altos del mercado:

“La empresa tomará sus decisiones buscando maximizar el beneficio económico que le proporciona la gestión de la producción de la central. La central compite con el resto de centrales para vender su producción y obtener la mejor rentabilidad por ella. Como se puede deducir este tipo de estrategia le llevará a tratar de vender su producción en los momentos de mayor precio de venta en el mercado. Dado que sus recursos de producción son limitados buscará colocar la venta de su producto en aquellas horas en las que prevea un mayor precio. Estas horas coinciden con las horas de mayor demanda, por lo que, en definitiva la búsqueda del mayor beneficio posible conduce al propietario de la central a gestionar la venta y por lo tanto la producción de su central en las horas de mayor demanda, exactamente igual que lo haría un gestor centralizado del sistema buscando minimizar los costes de producción del conjunto del sistema. El propietario de la central está interesado de por sí en estimar el valor del agua que tiene embalsada en su central y ofertar en los mercados su producción a ese precio. De esta forma el mercado, al escoger las ofertas más baratas para cubrir la demanda, estará reproduciendo de nuevo el mismo orden de mérito que el que un gestor centralizado gestiona para cubrir la demanda al menor coste posible.” (Folio 578 del expediente)

Considera esta Sala que, trasladando esta teoría al comportamiento de Iberdrola Generación, se concluye, en línea con lo razonado previamente, la falta de justificación objetiva de la conducta de Iberdrola Generación, quien retira la producción que venía aportando justamente en el momento de mayores precios del mercado.

b).8 Sobre el escenario en que la CNMC debía haber hecho una simulación del precio del mercado:

Como se ha indicado, mediante el Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias, se llevó a cabo una simulación del precio del mercado en 2014 y primeros meses de 2015 bajo la premisa de que Iberdrola Generación hubiera aportado en diciembre de 2013 la cantidad de agua que se retiró. Los resultados obtenidos en dicha estimación mostraron que la retirada del despacho por parte de Iberdrola Generación en 2014 de un volumen de agua

equivalente al que debería haber consumido en diciembre de 2013 habría conducido a un incremento en el precio del mercado, que podría haber representado un mayor coste para el conjunto de la demanda de 31 millones de euros, que en cualquier caso hubiera sido muy inferior al coste sobre el conjunto de la demanda de 105 millones de euros estimado para el periodo analizado de diciembre de 2013.

En su escrito de alegaciones presentado el 30 de julio de 2015 Iberdrola Generación afirma lo siguiente:

“La CNMC ha realizado una simulación de la evolución del precio de mercado con los datos de hidraulicidad observados en el primer trimestre de 2014, es decir, en un escenario de alta hidraulicidad, que es justamente el escenario opuesto al planteado por Iberdrola Generación. La relevancia del escenario planteado por Iberdrola Generación es que permitiría demostrar que si la baja hidraulicidad observada en diciembre de 2013 se hubiera prolongado, hubiera habido una significativa reducción de las reservas gestionadas por Iberdrola. Es decir, la CNMC está acusando a Iberdrola Generación de retirar producción hidráulica cuando en realidad, con la información disponible en diciembre de 2013, lo que Iberdrola Generación estaba haciendo era una gestión prudente de las reservas (ya que desconocía que la hidraulicidad iba a subir).” (Folio 823 del expediente)

La prueba que fue solicitada por Iberdrola Generación mediante el escrito presentado el 8 de abril de 2015 consistía en *“Simulación de la evolución del precio de mercado en el año 2014 y primeros meses de 2015 si Iberdrola Generación hubiera consumido en diciembre de 2013 toda el agua que el Director de Energía considera que debió haber empleado en caso de mantenerse las circunstancias existentes en el periodo investigado”* (folio 493 del expediente). Así, pues, la única circunstancia a alterar (a los efectos de realizar la simulación), que se desprendía de la solitud de Iberdrola Generación, consistía en el traslado de la producción de Iberdrola Generación de 2014 a diciembre de 2013. No había ninguna indicación relativa a la alteración del dato sobre la hidraulicidad de 2014; tampoco en estas alegaciones presentadas el 30 de julio de 2015, en que se hace esta aclaración de lo propuesto por Iberdrola Generación, figura una identificación precisa de cómo se habría de llevar a cabo esa alteración del dato de la hidraulicidad.

Ya en el Acuerdo de actuaciones complementarias, esta Sala destacó la complejidad y las limitaciones que tiene plantear una simulación precisa del comportamiento del mercado (folio 802 del expediente). Si bien una cosa es plantearse aislar la conducta imputada, a los efectos de poder determinar sus efectos (alterando los hechos para conocer cómo hubieran sido las cosas si la infracción no se hubiera cometido), otra diferente -tanto por la dificultad de la labor como por la razonabilidad del objetivo- sería hacer una simulación

alterando además la realidad de los datos ajenos a la conducta de Iberdrola Generación.

En cualquier caso, ya se señaló, además, en dicho Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias que el imputado podía, como prueba documental, aportar las simulaciones que tenga a bien realizar, sin necesidad de solicitar a esta CNMC que sea ella quien las lleve a cabo.

Cabe, por lo demás, cuestionarse las conclusiones que se podrían extraer de una simulación como la planteada. Lo que se valora en el procedimiento no son las condiciones de hidraulicidad en el año 2014, ni el hecho de que los precios del mercado fueron mucho más bajos al final del mes de diciembre de 2013 y en el mes enero de 2014 de lo que lo fueron en el período al que se refiere el procedimiento; lo que se valora es que el mercado estaba duplicando sus precios y que una capacidad que se venía ofertando es retirada. No existe ninguna justificación razonable para esta conducta, ni los ejercicios de simulación futura (por más que las condiciones se alteren de diversas formas) pueden soportar el cambio de comportamiento de Iberdrola Generación (la elevación de sus precios por encima del rango de casación). Ello es así porque donde este comportamiento adquiere principalmente relevancia a los efectos de imputar la infracción no es en el aspecto relativo a la expectativa de precios futuros o a la expectativa de aportaciones hidráulicas, sino en el aspecto de la actitud que Iberdrola Generación tiene con respecto a la subida de precios que se produce en el mercado en las tres primeras semanas de diciembre de 2013.

VI. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA POR IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.

Los hechos objeto del procedimiento se producen bajo la vigencia de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

El artículo 64 de esta Ley 54/1997 prevé la imposición de una multa de hasta 30.000.000 de euros por las infracciones muy graves.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable implica la aplicación íntegra de la Ley que, globalmente, sea más beneficiosa para el infractor en función de las circunstancias del caso²⁷, lo que procede tener en cuenta a los efectos del presente procedimiento.

²⁷ En su Sentencia 75/2002, de 8 de abril, el Tribunal Constitucional concluye que *“el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más*

A este respecto, la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, prevé en su artículo 67 una multa no inferior a 6.000.001 de euros ni superior a 60.000.000 de euros; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor o de la cifra consolidada de la matriz²⁸. Por lo demás, las infracciones muy graves pueden llevar aparejadas determinadas sanciones accesorias que se especifican en el artículo 68.1, sanciones no contempladas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre.

A la vista de lo expuesto, se considera más beneficiosa la aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que tiene un límite máximo más bajo, que no tiene límite mínimo, y que no prevé sanciones accesorias.

El artículo 63 de esta Ley 54/1997, de 27 de noviembre, determina las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la graduación de las sanciones:

- “1. El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- 2. La importancia del daño o deterioro causado.*
- 3. Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- 4. El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- 5. La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- 6. La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

Considerado lo establecido en el precepto indicado, esta Sala estima que se han de valorar las siguientes circunstancias a los efectos de cuantificar la sanción:

beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio, y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero, F. 5”.

²⁸ En 2014, el importe neto de la cifra de negocios de Iberdrola, S.A., según las cuentas consolidadas de esta empresa y sociedades dependientes, es de 30.032.270 miles de euros; esta cifra fue de 31.077.112 miles de euros en 2013 ([“http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/IA_CuentasAnualesConsolidadas2013.pdf”](http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/IA_CuentasAnualesConsolidadas2013.pdf)). Según nota expedida por el Registro Mercantil de Bizkaia el 5 de noviembre de 2015, el importe neto de la cifra de negocios de Iberdrola Generación, S.A.U. en 2014 es de 1.304.525 miles de euros; en el año 2013 fue de 1.321.045 miles de euros

- **La manipulación efectuada por Iberdrola Generación se desarrolla en un contexto en que el mercado se sitúa ya de por sí en precios altos y en un escenario de elevada demanda.** Iberdrola Generación, consciente de la existencia de un escenario de elevada demanda al que corresponde el mes de diciembre, decide retirar una capacidad de producción para provocar un incremento adicional en el precio del mercado.
- **La manipulación desarrollada por Iberdrola Generación se extiende durante un período superior a tres semanas (entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013).** Durante ese amplio período, en que los precios del mercado van progresivamente siendo más altos, Iberdrola Generación persiste en su objetivo de retirar la capacidad hidráulica que antes venía ofertando, y ello aunque tiene que corregir muchos días el nivel de precios de sus ofertas, para incrementarlo en mayor medida (y evitar que el precio de casación le alcance).
- **La conducta infractora implica la pérdida, para el sistema, de la generación asociada a una adecuada gestión de la producción hidráulica de las centrales de Duero, Sil y Tajo.** En el contexto de precios más altos del mercado que tuvo lugar en diciembre de 2013, la conducta de Iberdrola Generación supuso la retirada de capacidad correspondiente a las centrales en los términos expuestos en el Hecho Probado Primero de la presente resolución, reduciendo la programación de las unidades afectadas. Así a modo de síntesis Iberdrola Generación, pese al incremento de los precios del mercado diario, redujo su volumen despachado desde los 51 GWh del día 29 de noviembre hasta cantidades inferiores incluso a los 20 GWh.

Ello implicó además que los correspondientes recursos hidráulicos (el agua embalsada asociada a la mencionada capacidad de producción) no fueran debidamente aprovechados a los efectos de la cobertura de la demanda, al no haber sido empleados para la atención de las necesidades objetivas que el sistema eléctrico tenía en el contexto de precios expuesto.

Nótense finalmente -a efectos de subrayar la representatividad de las unidades de producción afectadas en el sistema eléctrico español- las siguientes cuestiones:

- La producción de Iberdrola Generación representó en 2013 en torno al 40% de la producción hidráulica total.
- La potencia instalada de las unidades afectadas por la reducción de programación representa un 50% con respecto al total de potencia hidráulica instalada y un 86% de la potencia hidráulica titularidad de Iberdrola Generación.

- **La conducta de Iberdrola Generación ha provocado un incremento del precio del mercado diario estimado en unos 7 euros/MWh.** Ese incremento, considerando las circunstancias en que se desarrolla la conducta, se ha traducido en un beneficio propio y en un impacto para el conjunto de la demanda. De acuerdo con lo señalado en el Hecho Probado Sexto, el beneficio se estima en unos 21,5 millones de euros y el impacto se estima en unos 105 millones de euros.

Valorando estas circunstancias, se estima proporcionado imponer una multa de **25.000.000 (veinticinco millones) euros.**

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

ACUERDA

PRIMERO.- Declarar que la empresa IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.a).15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de una manipulación fraudulenta llevada a cabo mediante el incremento del precio de las ofertas de las unidades de gestión hidráulica de Duero, Sil y Tajo, entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 25.000.000 (veinticinco millones) euros.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.