

## **RESOLUCIÓN (Expte. 441/98, Electra Avellana)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Huerta Trolèz, Presidente en funciones  
Hernández Delgado, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 7 de julio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 441/98 (1712/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), iniciado a causa de la denuncia de Electra Avellana SL (ELECTRA AVELLANA) contra Hidroeléctrica del Ribagorzana SA (ENHER) por conductas presuntamente prohibidas por los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en rescindir el contrato de suministro de energía eléctrica existente entre ambas empresas y condicionar una solicitada ampliación de potencia a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio.

### **ANTECEDENTES**

1. El 21 de octubre de 1997 tiene entrada en el Tribunal un escrito de ELECTRA AVELLANA, con sus correspondientes anexos, en el que se denuncia a ENHER por haber condicionado la ampliación de potencia en el suministro de energía eléctrica solicitada por la primera de la segunda a la presentación de un aval sobre consumos futuros y al pago de un sobreprecio, así como por haber rescindido unilateralmente la segunda el contrato de suministro suscrito entre ambas empresas. El mismo día el Tribunal lo remite con un oficio al Servicio a fin de que, si procede, se inicie el expediente que corresponda, de acuerdo con el art. 36 LDC. Al interesado se le acusa recibo y se le comunica la remisión al Servicio.

2. El 16 de febrero de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante Providencia, a la vista del escrito de denuncia recibido el 23 de octubre de 1997, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del art. 36 LDC, acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 6 y 7 de la LDC, precisándose que las actuaciones se entenderán con ENHER, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados. En la misma Providencia se nombra Instructor y Secretaria de Instrucción. La Providencia es notificada a las partes interesadas y se da traslado del escrito de denuncia a la empresa imputada.
3. El 12 de marzo de 1998 ENHER remite por correo certificado un escrito al Servicio en el que se da por notificada y solicita el archivo del expediente, alegando: a) como cuestión previa, que los hechos denunciados están siendo dirimidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona y que la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) ha resuelto ya sobre los mismos hechos archivando la denuncia que en su día presentó ante ella la ahora denunciante. b) en cuanto al fondo del asunto, que los hechos denunciados no constituyen conductas prohibidas en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.
4. El 20 de marzo de 1998 ELECTRA AVELLANA remite por correo certificado un escrito al Servicio en el que se da por notificada y propone diversos medios de prueba.
5. El 14 de abril de 1998, el Instructor, con la conformidad del Director General, dicta Pliego de Concreción de Hechos, en el que se consideran acreditados los siguientes:

1.- Electra Avellana es una pequeña empresa familiar dedicada a la distribución de la energía eléctrica que le suministra HIDROELECTRICA DEL RIBAGORZANA (ENHER) en una zona de la provincia de Gerona que abarca 7 municipios: Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas.

Electra Avellana recibía la energía eléctrica de ENHER en Sant Andreu de Terri a la tensión de 25 kw y por una potencia de 900 kw que destinaba a la distribución. El 19 de Febrero de 1.990, ambas suscribieron un contrato por el que ENHER ampliaba la potencia en 500 kw llegando a un total de 1.400 kw (folio 20).

2.- El 26 de junio de 1.996, Electra Avellana solicitó a ENHER un aumento de potencia de 300 kw sobre los 1.400 kw ya contratados (folio 8).

3.- El 20 de Agosto de 1.996, el Sr. Jordi Breda, en su calidad de Jefe de la Gestión Centralizada de Clientes de ENHER e HIDROELECTRICA DE CATALUNYA, S.A. (HEC), respondió a Electra Avellana manifestando que supeditaba la concesión de aumento de potencia a la presentación de un aval por el importe de los consumos previstos para un cierto período de tiempo y al pago de un sobreprecio sobre las tarifas eléctricas (folio 9).

4.- El 18 de Octubre de 1.996, Electra Avellana solicitó a ENHER un nuevo aumento de potencia de suministro en 800 kw sobre los 1.400 kw ya contratados, para llegar a un total de 2.200 kw y le recordó que todavía no le había concedido los 300 kw solicitados el 26 de Junio de 1.996 (folio 38).

5.- El 25 de Octubre de 1.996, Electra Avellana interpuso demanda judicial contra ENHER para el reconocimiento del derecho a la ampliación de potencia y resarcimiento de daños y perjuicios causados por la negativa de ampliación de potencia. Dicha demanda se está tramitando en la actualidad (folio 39-44).

6.- El 7 de Enero de 1.997, ENHER envió un escrito a Electra Avellana concediéndole la ampliación de potencia hasta 2.200 kw y anunciándole la resolución unilateral del contrato (folio 46).

7.- Electra Avellana denunció a ENHER ante la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), que dictó Resolución el 7 de Octubre de 1.997 en los siguientes términos: "Archivar la denuncia presentada por ELECTRA AVELLANA, S.L. contra ENHER, S.A., pues aunque inicialmente ENHER no concedió los aumentos de potencia, supeditándolos a la aceptación por ELECTRA AVELLANA de ciertas condiciones, finalmente la solicitud de incrementos de potencia ha sido atendida sin someterlo a condición alguna" (folios 61-64).

8.- Los usuarios finales no se han visto afectados por este retraso en la concesión de la ampliación de potencia solicitada, ya que ENHER suministró automáticamente toda la potencia demandada por Electra Avellana.

Electra Avellana ha tenido que pagar el exceso de potencia consumida con un recargo de 200% en Agosto de 1.996 por valor de 59.850 pesetas por consumir 50 kw por encima de la potencia contratada; en Septiembre y Octubre no hubo recargos por ser meses de bajo consumo; en Noviembre el recargo fue de 87.780 pesetas por un exceso de consumo de 110 kw que Electra Avellana se negó a pagar y en el mes de Diciembre se negó a pagar tanto el recargo como el consumo de energía eléctrica.

6. En el procedimiento contradictorio sucesivo a la formulación por el Servicio del Pliego de Concreción de Hechos, las partes hacen las alegaciones que seguidamente se resumen:

6.1. ENHER manifiesta: a) Como cuestión previa, reitera las excepciones procesales formuladas en su escrito de 12 de marzo de 1998, en concreto la de litispendencia en un Tribunal ordinario y la de cosa juzgada en el ámbito administrativo de la CSEN. b) En cuanto al fondo del asunto, que la solicitud de ampliación de potencia no ha sido efectiva hasta el 31 de octubre de 1997 y que la actuación de ENHER ha sido siempre ajustada a derecho y, en concreto, a la normativa específica y vigente del sector eléctrico, citando en su apoyo una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997.

6.2. ELECTRA AVELLANA, por su parte, manifiesta que la denuncia tenía como fundamento, por un lado, la negativa inicial y el retraso injustificado en conceder la ampliación de potencia y, por otro, la resolución unilateral del contrato existente entre las partes, que ha producido efectos jurídicos y perjuicios inmediatos para la denunciada, cuyas relaciones con ENHER han quedado sin marco contractual, regulándose ahora únicamente por las leyes eléctricas.

7. El 25 de septiembre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia al que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 37.3 LDC, se adjunta, para su resolución, el expediente instruido en el Servicio. El Informe con el que se concluye el expediente en el Servicio y que redacta el Instructor con la conformidad del Director General, finaliza proponiendo:

**Primero:** Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que la actuación acreditada de ENHER de rescindir el contrato de suministro firmado con Electra Avellana el 19 de Febrero de 1.990 y de tratar de condicionar la ampliación de potencia solicitada por Electra Avellana a la presentación de un aval y al pago de un sobrepago por encima de las tarifas oficiales constituye una conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC.

**Segundo:** Que intime al cese de las prácticas realizadas por ENHER.

**Tercero:** Que ordene a ENHER, a su costa, la publicación de la Resolución en el BOE y en un diario de ámbito nacional de mayor tirada.

**Cuarto:** Que imponga a ENHER una multa acorde con la gravedad de su conducta.

**Quinto:** Que adopten los demás procedimientos que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de prácticas prohibidas que el Tribunal considere oportunas.

8. El 29 de septiembre de 1998 el Pleno del Tribunal dicta Providencia en la que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 LDC, se acuerda la admisión a trámite del expediente, se nombra Ponente y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el art. 40.1 LDC para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Todas las partes comparecen en este trámite.
9. El mismo día 29 de septiembre de 1998 el Presidente del Tribunal Sr. Petitbò comunica al Pleno, verbalmente y por escrito, que, visto el alcance del expediente y como tiene denunciada a Hidroeléctrica de l'Empordà, filial del grupo ENHER (que es parte interesada en este expediente), ante la Generalitat de Catalunya por supuestas irregularidades en la contratación del suministro de energía en un inmueble de su propiedad, en evitación de que la referida circunstancia pueda utilizarse y ser interpretada como causa de recusación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el art. 28.2.a) y c) de dicha Ley, plantea al Pleno del Tribunal su abstención en el referido expediente, con el ruego de que sea aceptada. El Pleno acepta la abstención del Sr. Petitbò en la tramitación del expediente.
10. El 2 de febrero de 1999, por Auto, el Tribunal resolvió no celebrar vista y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas, denegando otras. Finalizado el plazo concedido para la práctica de la prueba, con el resultado que obra en el expediente, mediante Providencia de 5 de marzo de 1999 se pone de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que estimen procedente sobre su alcance e importancia; asimismo, se acuerda que, concluido dicho plazo, los interesados dispongan de otro de quince días, inmediatamente sucesivo, para formular conclusiones, conforme a lo prescrito en el art. 41.1 LDC.
11. En el trámite de valoración de prueba comparecen ambas partes.
  - 11.1. ENHER lo hace mediante escrito que el 7 de marzo de 1999 remite al Tribunal por correo administrativo, en el que se reitera en sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y en el que hace notar que la Audiencia Provincial de Girona ha desestimado íntegramente la demanda interpuesta por ELECTRA AVELLANA frente a ENHER, acompañando al efecto una fotocopia de la Sentencia correspondiente de 3 de marzo de 1999.

- 11.2. ELECTRA AVELLANA también lo hace por escrito, que remite al Tribunal certificado el 25 de marzo de 1999, en el que se adhiere tanto al Informe-Propuesta del Servicio como al contenido de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Girona que estima la demanda de Electra Avellana y hace notar que la prueba de confesión confirma los hechos probados.
12. En el trámite de conclusiones comparecen asimismo las dos partes.
- 12.1. El escrito de ENHER, de 7 de abril de 1999, hace hincapié en los extremos que seguidamente se resumen: a) Que la CSEN resolvió archivar la denuncia presentada por ELECTRA AVELLANA por los mismos hechos que han dado lugar al presente expediente y que en el mismo sentido se pronunció la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña. b) Que la actuación de ENHER fue ajustada a derecho y en ningún momento supuso que ELECTRA AVELLANA no tuviese la potencia que en todo momento precisó. c) Que la denunciante ha mostrado falta de buena fe y abuso de derecho en su modo de pedir los aumentos de potencia.
- 12.2. ELECTRA AVELLANA remite al Tribunal su escrito de conclusiones el 14 de abril de 1999 por correo certificado y en el mismo se resalta: a) Que a lo largo del procedimiento han quedado acreditados los hechos considerados tales por el Servicio en su Informe-Propuesta. b) Que, al no acceder ELECTRA AVELLANA a las imposiciones de ENHER, tuvo que soportar un recargo del 200 %. c) Que el propósito de ENHER de perjudicar a ELECTRA AVELLANA resulta evidente pues, como no pudo impedir la ampliación de potencia, rescindió el contrato de suministro existente entre ambas empresas. Por todo ello, la parte se reitera en el contenido de su escrito de denuncia.
13. El Pleno del Tribunal deliberó y falló en su sesión de 29 de junio de 1999.
14. Son interesados:
- Electra Avellana SL.
  - Hidroeléctrica Ribagorzana SA.



## HECHOS PROBADOS

1. ELECTRA AVELLANA es una empresa distribuidora de energía eléctrica en una zona de la provincia de Girona que abarca los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas. La energía que ELECTRA AVELLANA distribuye la adquiere a ENHER, que es productora y además en la misma zona tiene instaladas líneas eléctricas desde las que suministra a los consumidores finales, razón por la cual ENHER, además de proveedora de ELECTRA AVELLANA, es allí su directa competidora.
2. Desde el 19 de febrero de 1990 estaba en vigor un contrato entre ENHER y ELECTRA AVELLANA que establecía como potencia contratada la cantidad de 1400 kw. El 26 de junio de 1996 ELECTRA AVELLANA solicitó por escrito de ENHER un aumento de potencia de 300 kw, petición que fue respondida por ENHER mediante una carta en la que condicionaba atender la petición a la presentación de una aval por el importe de los consumos previstos para un cierto período futuro de tiempo y al pago de un sobreprecio sobre las tarifas eléctricas para la potencia adicional.
3. El 18 de octubre de 1996 ELECTRA AVELLANA solicitó a ENHER un nuevo aumento de potencia en 800 kw sobre los 1400 kw contratados y le recordó que todavía no le había concedido los solicitados el 26 de junio del mismo año. Asimismo el 25 de octubre de 1996 ELECTRA AVELLANA interpuso demanda judicial contra ENHER para el reconocimiento del derecho a la ampliación de potencia y el resarcimiento de daños y perjuicios causados por no haberle sido concedida aquélla. El 7 de enero de 1997 ENHER envió un escrito a ELECTRA AVELLANA concediéndole la ampliación de potencia hasta los 2200 kw solicitados, en el que al mismo tiempo se le anunciaba la resolución unilateral del contrato vigente entre ambas empresas.
4. Los consumidores finales no se han visto afectados por estos hechos ya que ENHER suministró a ELECTRA AVELLANA siempre la energía demandada, tal como le impone la legislación sectorial. Pero sí surtieron efectos para ELECTRA AVELLANA, a quien ENHER facturó los excesos de suministro sobre la potencia contratada a un precio del 200 % del aplicado a los suministros hasta el límite de aquélla y, por otra parte, al rescindir ENHER unilateralmente el contrato que regía las relaciones entre ambas empresas, dejó a éstas relaciones reguladas únicamente por la legislación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente se plantean por las partes algunas cuestiones que importa a este Tribunal ventilar con carácter previo. La primera, se refiere a cómo deba afectar a lo que este Tribunal resuelva que sobre los mismos hechos denunciados hubiera, primero, una litispendencia en un Tribunal ordinario y, luego, una Sentencia. La segunda, a si puede pronunciarse este Tribunal cuando sobre los mismos hechos denunciados hay ya resoluciones de otros órganos administrativos, como la CSEN o la Dirección de Energía de la Generalidad de Cataluña. Y la tercera cuestión se refiere a cómo haya de afectar a esta Resolución la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997, que se cita.

En lo que atañe a la primera cuestión, es importante señalar que una cosa es la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia y otra bien distinta los asuntos de orden civil conexos que puedan plantearse. Los segundos son propios y exclusivos del conocimiento del juez ordinario, pero el examen de la primera cuestión, de orden público económico, corresponde en exclusiva a este Tribunal, cuyas actuaciones son revisables únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa. Como este mismo Tribunal acaba de reiterar en Resolución de 28 de junio de 1999 (Expte. 435/98 Farmacéuticos de Sabadell): "En tal sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha declarado que 'la competencia para determinar si existe infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, corresponde exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, no estando encomendada a otro Órgano, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado' (SS 30 de diciembre de 1993, Sala 1ª)".

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, es también de aplicación la ya expresada doctrina según la cual es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia examinar si determinada conducta vulnera la LDC que todos los operadores, cualquiera que sea el sector en que operen, deben respetar.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, se reproduce a continuación el FD 4 de la Resolución de este Tribunal de 19 de febrero de 1999 dictada en el Expte. 427/98, Electra Caldense, en el que figuraba como parte denunciada por abuso de posición de dominio ENHER y que, como tal, fue sancionada: "La interesante doctrina que incorpora la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997, incluida en el expediente como alegación de parte, no es de aplicación al presente caso, porque la referida Sentencia juzga unos hechos que se produjeron con anterioridad a que estuviera vigente la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Esta Ley altera los supuestos, al pasar un asunto que antes era de orden civil a ser de orden público económico".



2. Pasando ya al fondo del asunto, el Servicio considera que ENHER ha llevado a cabo una conducta prohibida por el art. 6 LDC al haber adoptado los siguientes comportamientos: a) Condicionar la ampliación de potencia solicitada a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio. b) Rescindir unilateralmente el contrato de suministro suscrito entre ambas empresas.

Corresponde, pues, a este Tribunal dilucidar si tales comportamientos probados implican la explotación abusiva por ENHER de posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico a los municipios de la provincia de Gerona: Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas.

3. Lo primero que procede examinar es si en el mercado relevante acotado tiene ENHER posición de dominio.

El término *posición de dominio* hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Así, la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en *poder económico e independencia de comportamiento*. Por eso, se dice de un operador económico que disfruta de una posición de dominio en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar, modificando en su provecho el precio u otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes.

En el sentido indicado, la emblemática Sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia Europeo, de 14 de febrero de 1978, dice textualmente en el Considerando 65: "*La posición de dominio ... afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores*". Esta doctrina es confirmada en otra Sentencia señera posterior del mismo Tribunal, la Sentencia *Hoffman-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, y luego es incorporada por la Comisión

Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03), en cuyo punto 10 define la posición de dominio como aquella que permite al que la ostenta *"comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores"*.

Interesante asunto desde el punto de vista práctico es el de la investigación necesaria para saber si una empresa está en posición de dominio en un mercado concreto, de producto y geográfico. La mencionada Sentencia *United Brands* indica que la referida cuestión debe elucidarse examinando la estructura de la empresa y la situación competencial existente.

En el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante, aunque ciertamente en el ámbito de un sector que está fuertemente regulado por la legislación.

Por lo que se refiere a la situación competencial existente, se caracteriza por unas condiciones estructurales que combinan un monopolio de la producción y distribución intermedia (ENHER) y un duopolio de distribución final formado por dos empresas, ENHER y ELECTRA AVELLANA, la primera grande y potente económicamente que, además de ser el único proveedor posible de la otra pequeña, es competidor directo de ésta en el mismo mercado.

Es incuestionable que el examen que el alto tribunal europeo señalaba como exigible para poder apreciar si una empresa está en posición de dominio en un mercado concreto arroja en el presente caso resultados concluyentes: ENHER ostenta una posición de dominio indiscutible en el mercado de referencia, si bien en el marco de una regulación legal sectorial que le impide ciertas prácticas abusivas, aunque no todas.

4. Examinada la cuestión de la existencia de posición de dominio, procede considerar si los hechos denunciados y probados constituyen una explotación abusiva de tal posición.

La Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) que, en su artículo 40.1.c), establece que las empresas distribuidoras deberán proceder a la ampliación de las instalaciones cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro, dispone en su art. 40.2.b) y c) que estas empresas tendrán aseguradas sus necesidades de energía eléctrica en condiciones no discriminatorias y, en su art. 41.1, que las empresas de distribución no podrán negar la utilización de una red a quienes actúen en el sistema independiente o a quienes lo hagan en el sistema integrado, salvo cuando ello impida el uso de la misma necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidor.

Por otra parte, la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1996, de desarrollo del Real Decreto 2204/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 1996, en relación con los pequeños distribuidores, establece en su apartado primero que, hasta tanto no se desarrolle el art. 16.1.c) de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, el régimen económico aplicable para la adquisición de energía eléctrica destinada al suministro de terceros por los distribuidores no acogidos al Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, será el siguiente: "a) La tarifa D, creada por Real Decreto 1678/1990, de 28 de diciembre, en sustitución de la tarifa E.3, es sólo de aplicación a aquellos distribuidores a quienes se les viniese facturando por la referida tarifa. Por tanto, para toda nueva contratación de suministros o aumentos de potencia a los existentes, salvo la correspondiente a los aumentos vegetativos que a estos efectos se cuantifican en un 10 por 100 de carácter anual, se aplica la tarifa general correspondiente".

Examinados estos preceptos, es evidente que ELECTRA AVELLANA tiene derecho al aumento de potencia, pero también lo es que no al mismo precio la energía adicional que la contratada previamente incrementada en un 10 % anual. Es decir, la ley obliga a ENHER a atender las peticiones de incremento de potencia, asignando tarifa D a una parte y una tarifa negociable al resto. Y, desde luego, lo que la ley no ampara es la imposición de condiciones a la distribuidora por parte del suministrador. Si la imposición, además, se hace desde una posición de dominio, como la que ostenta ENHER en el mercado de referencia, puede concluirse que se trata de una explotación abusiva de tal posición.

De la exigencia de presentar un aval cabe, en el presente caso, concluir lo mismo. Condicionar la ampliación de potencia a un pequeño distribuidor que compite con ENHER en el mercado de referencia a que avale los pagos por incrementos de consumo, cuando no había antecedente alguno de morosidad en su comportamiento, muestra como mínimo una animosidad o propósito de perjudicarlo que en el contexto estructural del mercado afectado tiene que ser reputado de abusivo de la posición de dominio ostentada. Que luego, una vez que el perjudicado presenta una demanda ante el juez civil, se acceda a su petición sin que aporte efectivamente el aval no corrige el inicial propósito de dañar al único competidor que tiene ENHER en el mercado afectado.

Corresponde al juez civil pronunciarse sobre la rescindibilidad de un contrato entre partes y, consecuentemente, no va este Tribunal a declarar nada al respecto, pero no puede por menos que fijar su atención en cuál ha sido el momento en que ENHER unilateralmente decide rescindir el contrato, y considerar que la presión que tal acción supone sobre ELECTRA AVELLANA se presenta como un indicio claro de constituir una pieza más de la

explotación abusiva de su posición de dominio que ENHER ha llevado a cabo. Y no cabe, según hace ENHER en sus alegaciones, decir como única justificación de que nada malo se ha hecho que el suministro de energía eléctrica ha continuado. La Ley y la policía industrial de los órganos administrativos le hubieran conminado a ello en todo caso. Pero no es lo mismo para ELECTRA AVELLANA tener un contrato que regule sus relaciones con ENHER que confiar las mismas a una mutable legislación en la que la capacidad de las partes de incorporar condiciones beneficiosas para ellas en la norma que regula sus relaciones es nula.

Por todo ello, hay que concluir que ENHER, al condicionar las ampliaciones de potencia solicitadas por ELECTRA AVELLANA a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio, rescindiendo unilateralmente el contrato vigente entre ambas empresas cuando aprecia que la otra parte no se allana, llevó a cabo una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico a los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas, lo cual supone una transgresión del art. 6 LDC.

5. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen actos descritos en los artículos 1, 6 y 7 de la misma podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a los que infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10

por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y

usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar y multar y, teniendo en cuenta todos los factores expuestos, estima que la multa sancionadora para ENHER debe ser de 20 millones de pesetas.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

### **RESUELVE**

**Primero.-** Declarar que las actuaciones acreditadas de Hidroeléctrica Ribagorzana SA constituyen conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**Segundo.-** Intimar a ENHER al cese de estas prácticas.

**Tercero.-** Imponer a ENHER la multa de veinte millones de pesetas.

**Cuarto.-** Ordenar a ENHER la publicación , a su costa, de esta Resolución en el BOE y en un diario de información general y ámbito nacional de mayor tirada.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, que podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la Resolución.