

**Id. Cendoj:** 28079230062002100548  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 02/10/2002  
**Nº de Recurso:** 684/1999  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a dos de octubre de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 684/99, se tramita, a

instancia de FECSA-ENHER I, S.A., representada por el Procurador D. Pedro Rodríguez Rodríguez,

contra Resolución del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, de fecha 7 de julio de

1999 (expediente 441/98), sobre abuso de posición de dominio, en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, habiendo

intervenido como parte codemandada ELECTRA AVELLANA, S.A, representada por la Procuradora

Dña. Magdalena Cornejo Barranco, siendo la cuantía del mismo 120.202,42 € (20 millones de

pesetas).

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 23 de julio de 1999, y la Sala, por providencia de fecha 2 de septiembre de 1999, acordó

tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. También contestó a la demanda, en su plazo, la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 1 de octubre de 2002.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 7 de julio de 1999, cuya parte dispositiva decía lo siguiente:

Primero.- Declarar que las actuaciones acreditadas de Hidroeléctrica Ribagorzana, S.A. constituyen conductas prohibidas por el artículo 7 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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que no es cierto que condicionara la ampliación de potencia solicitada por la codemandada, sino que se trataba de la proposición de unos términos de negociación, para lo que se encontraba legalmente amparada por el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre empresas productoras y revendedoras, que por los mismos hechos la codemandada interpuso denuncias ante la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Dirección General de Energía de la Generalitat de Catalunya, que la posibilidad de rescisión unilateral del contrato con la codemandada estaba prevista en una de las cláusulas del contrato y que no existe posición de dominio, pues la codemandada puede adquirir energía eléctrica de cualquier suministradora.

El Abogado del Estado indica que la posición de dominio de la recurrente ha quedado constatada en la fecha en que se produjeron los hechos, con independencia de las

reformas legales posteriores que hayan afectado al sector eléctrico, y que se ha producido una negativa injustificada a satisfacer la demanda de energía eléctrica solicitada por la codemandada, que no puede ampararse en impagos de la codemandada, porque son posteriores a dicha negativa.

La parte codemandada expone que la recurrente condicionó la ampliación de potencia solicitada a un sobreprecio por la venta a la presentación de un aval, que la entrada en vigor de la ley 54/97 no afecta a la posición de dominio de la demandante en el momento en que se produjeron los hechos enjuiciados, que es anterior a esa entrada en vigor, y que la demandante ha abusado de tal posición al denegarle una demanda de producto y al intentar obligarle a una modificación de las condiciones de suministro pactadas.

TERCERO.- Normalmente, para calificar una conducta como abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC, son necesarios los siguientes pasos: a) en primer lugar, es necesario definir el mercado de referencia en el que opera la empresa, tanto desde el punto de vista material (de producto) como espacial (ámbito geográfico), b) después será necesario investigar si la empresa tiene una posición de dominio en ese mercado antes definido, y c) por último, si existe posición de dominio, deberá analizarse si la conducta de que se trate es abusiva.

La Resolución impugnada del TDC ha definido con precisión los mercados de producto y geográficos que interesan al presente caso. Son hechos declarados probados por el TDC, que no se han cuestionado por las partes, que la codemandada, ELECTRA AVELLANA, es una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica en una zona de la provincia de Gerona que abarca 7 municipios (Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas).

La energía que distribuye en esa zona geográfica ELECTRA AVELLANA la adquiere a la Compañía recurrente, ENHER, que es una empresa productora, pero también distribuidora de electricidad a los consumidores finales en la misma zona.

Existe por tanto, en la zona geográfica a que nos venimos refiriendo, una situación competencial de monopolio en la producción y de duopolio en la distribución final, formado este último por las empresas actora y codemandada.

La única objeción que plantea la actora respecto de las conclusiones descritas sobre la definición del mercado de referencia y la existencia en el mismo de una posición de dominio consiste en afirmar que, después de la entrada en vigor de 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del eléctrico, la codemandada podía contratar suministro de energía eléctrica con cualquier distribuidora.

Sin embargo, la entrada en vigor del citado texto legal, que se produjo el 29 de noviembre de 1997, en nada afecta a los hechos enjuiciados, que como ahora veremos transcurrieron entre junio de 1996 y los primeros meses de 1997.

CUARTO.- El artículo 6 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Añade el citado precepto, en su apartado 2, que este abuso podrá consistir, entre otras conductas, en "...la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios." (artículo 6.2 letra c de la LDC).

Los hechos que el Tribunal de Defensa de la Competencia declara probados, y que esta Sala hace suyos, son:

- Desde 1990 estaba vigente un contrato suscrito 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 a ENHER un aumento de potencia de 300 Kw.
- Tal petición fue respondida por ENHER mediante una carta de fecha 20 de agosto de 1996, en la que condicionaba atender la petición a la presentación de un aval por los importes de los consumos previstos para un período futuro de tiempo y al pago de un sobreprecio sobre las tarifas eléctricas.
- 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 se le habían concedido los solicitados el 26 de junio del mismo año.
- El 25 de octubre de 1996 ELECTRA AVELLANA interpuso demanda judicial contra ENHER para el reconocimiento del derecho a la ampliación de potencia y al resarcimiento de daños y perjuicios.
- El 7 de enero de 1997 ENHER envió un escrito a ELECTRA AVELLANA concediéndole la ampliación de potencia hasta los 2200 kw, en el que también le anunciaba la resolución unilateral del contrato de 1990, vigente hasta entonces entre ambas empresas.
- ENHER facturó a ELECTRA AVELLANA los excesos de suministro sobre la potencia contratada a un precio del 200% del aplicado a los suministros hasta el límite de aquella.
- Los consumidores finales no se han visto afectados por estos hechos, pues ENHER suministró siempre a ELECTRA AVELLANA la energía contratada, tal como le impone la legislación sectorial.

QUINTO.- Sobre tales hechos, lo primero que alega el recurrente es que no existió por su parte ningún condicionamiento para la ampliación de potencia, sino tan sólo una propuesta de términos de negociación.

La contestación de la actora, en su carta de 20 de agosto de 1996 (folio 9 del expediente del SDC) fue proponer un nuevo contrato que sustituya al vigente de 19/2/90, con una negociación del porcentaje sobre la venta de la energía entregada y la presentación de un aval.

Del régimen normativo vigente en la fecha de los hechos que estamos examinando, especialmente de los artículos 40 y 41 de la ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, y RD 2204/1995, de 28 de diciembre, cabe obtener dos conclusiones: que ELECTRA AVELLANA tenía derecho al aumento de potencia solicitada y que es posible admitir que tal aumento de potencia no tiene que regirse por las tarifas aplicables a la potencia hasta entonces contratada. Pero lo que excede de esa posible negociación respecto de la nueva potencia solicitada es pretender sustituir en bloque el vigente contrato por uno nuevo y la garantía de un aval.

Se trata, como concluye el TDC de imposiciones de un suministrador a un distribuidos que no están amparadas en la ley, y que en este caso se hacen, además, desde la posición de dominio que ostentaba la actora en el mercado de la distribución.

La exigencia de aval se explica en la carta de 20 de agosto de 1996 en la situación de indefensión en que se encuentra la actora por la morosidad de algunas empresas distribuidoras, lo no que puede considerarse explicación razonable en este caso, pues no existía -o no se ha alegado ni probado- ningún precedente de impagos o retrasos por parte de la codemandada.

La no satisfacción de la demanda de suministro, desde junio de 1996 a enero de 1997, esto es, hasta después de que la actora hubiera acudido a los Tribunales para el reconocimiento de su derecho al aumento de potencia, constituye en si misma una negativa, a los efectos del artículo 6 LDC, que reúne el requisito de carecer de justificación, según se acaba de ver en los párrafos precedentes.

La rescisión del contrato, que vinculaba a las partes desde 6 años atrás y que comunicó la actora a la codemandada en enero de 1997, puede ser conforme o no a derecho, lo que constituye una cuestión ajena a este procedimiento, pero se trata de una dato más que, en el ámbito en el que nos encontramos -el examen sobre la existencia de un abuso de posición dominante-, permite fortalecer las conclusiones a que nos conducen los hechos anteriormente examinados, que una empresa en posición de dominio impone condiciones a una competidora, para atender sus demandas de compra de productos, condiciones que no aparecen justificadas salvo en el propósito de eliminar a la competidora del mercado.

SEXTO.- La circunstancia de que se hayan dictado resoluciones sobre los mismos hechos por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y la Dirección General de Energía de la Generalitat de Catalunya, y que ambos organismos acordaran el archivo de las denuncias, ya ha sido tratada por esta Sala, en dos sentencias de fechas de 29 de abril de 1994 (recursos 275/99 y 868/99), dictadas en recursos en los que actuaba también ENHER como parte actora. Decía la Sala en aquellas ocasiones que tales resoluciones no constituyen obstáculo alguno para el enjuiciamiento por el TDC y por esta Sala de la actuación litigiosa a la luz de la LDC. En el ámbito de actuación de sus preceptos, carece de relevancia que la cuestión técnica se defina como un "acceso a redes" o una "solicitud de aumento de potencia": existe una posición de dominio de determinadas empresas, a su vez suministradoras del producto que comercializa la codemandada denunciante, y con independencia de cual sea el órgano de la Administración central o autonómica competente para resolver sobre la negativa a satisfacer la solicitud de aumento de suministro, los órganos de defensa de la competencia tiene encomendada por la ley 16/89 la garantía del orden económico constitucional desde la perspectiva de los intereses públicos.

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

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de FECSA-ENHER I, S.A, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 7 de julio de 1999, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE M<sup>a</sup> DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-