

## **RESOLUCIÓN (Expte. 442/98 Eléctrica del Llémana)**

### **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 29 de septiembre de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 442/98 (1683/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de Eléctrica del Llémana S.L. contra Hidroeléctrica de Cataluña S.A. y la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A., por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en supuestos actos de competencia desleal y abuso de posición de dominio.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. D. Francisco Ferroni Durán, en nombre y representación de ELÉCTRICA DEL LLÉMANA S.L. (LLÉMANA), al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), denunció a HIDROELÉCTRICA DE CATALUÑA S.A. (HEC) y a la EMPRESA NACIONAL HIDROELÉCTRICA DEL RIBAGORZANA S.A. (ENHER) por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en no atender la petición de ampliación de potencia, incumpliendo la normativa vigente.

La denuncia está basada en los siguientes hechos:

1.- Desde hace 32 años LLÉMANA se dedica a la distribución de energía eléctrica en el valle del mismo nombre. El 7 de noviembre de 1972 dicha empresa firmó un contrato de suministro de energía eléctrica con ENHER con el objeto de formalizar por escrito la relación contractual de distribución que venía siendo operativa desde 1964, año en que se

suscribió la póliza de suministro con ENHER, que ligaba a las dos empresas.

2.- El 8 de noviembre de 1989, LLÉMANA contrató con HEC un segundo punto de suministro de 500 Kw con el objeto de atender una posible ampliación del consumo de energía que había solicitado una empresa embotelladora de agua; dicha ampliación no se llevó a cabo.

3.- El 26 de marzo de 1996, LLÉMANA solicitó a HEC una ampliación de potencia hasta 1000 Kw para abastecer a diversas empresas cárnicas instaladas en la zona del valle y que demandaban una mayor cantidad de energía eléctrica; LLÉMANA no obtuvo respuesta por parte de HEC en el plazo de 60 días establecido por la Ley.

4.- El 28 de marzo de 1996, HEC negoció un convenio privado con dichas empresas de la industria cárnica. En virtud de dicho convenio HEC se comprometía a construir una línea con capacidad suficiente para cubrir las necesidades de las empresas cárnicas, que pasarían a contratar el suministro con HEC.

5.- LLÉMANA perdió esos abonados cuyo consumo de energía eléctrica representaban más del 50% de su volumen de ventas.

6.- LLÉMANA denunció el caso ante la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) y ante el Departamento de Industria de la Generalidad de Cataluña.

Ante la CSEN, el grupo ENHER-HEC alegó que HEC ya había construido la línea que permitiría satisfacer la demanda de ampliación de potencia, pero que no iba a atender dicha ampliación por dos razones:

- por falta de pago de LLÉMANA de suministros anteriores.
- porque LLÉMANA no necesitaba dicha ampliación.

7.- La CSEN dictó Resolución obligando a los denunciados a ofrecer a LLÉMANA los aumentos de potencia solicitados.

8.- La actuación del Grupo ENHER constituye un abuso de posición de dominio. Los únicos suministradores a los que puede acudir LLÉMANA son ENHER y su filial HEC que, además de dedicarse a la distribución directa a abonados, también distribuyen indirectamente a clientes independientes, lo que las convierte en suministradoras y en competidoras de LLÉMANA.

9.- La actuación del Grupo ENHER es contraria a las exigencias de

la buena fe y constituye un acto de competencia desleal al hacer un uso indebido de la información suministrada por LLÉMANA en relación con las necesidades de sus clientes.

2. El 2 de octubre de 1998, el Servicio emite el correspondiente informe-propuesta en el que se consideran acreditados los siguiente hechos:

- 1.- *ELÉCTRICA DEL LLÉMANA recibe el suministro para sus abonados de la EMPRESA NACIONAL DE HIDROELÉCTRICA DEL RIBAGORZANA, S.A. (ENHER) y de su filial HIDROELÉCTRICA DE CATALUÑA, S.A. (HEC) y no puede acceder a ningún otro generador de energía eléctrica. ENHER y HEC son generadores de electricidad además de distribuidoras y suministran electricidad tanto a sus abonados como a Eléctrica del Llémana.*

- 2.- *El 7 de noviembre de 1972, ENHER firmó un contrato de suministro de energía eléctrica con D. Francisco Ferroni Durán (en la actualidad la sociedad limitada ELÉCTRICA DEL LLÉMANA), que venía a formalizar por escrito la relación contractual de distribución que, desde 1964 -año en que se suscribió la póliza de suministro con ENHER- ligada a las dos compañías.*

*En el citado convenio se estableció una delimitación de zonas de distribución entre ENHER y Francisco Ferroni Durán, correspondiendo a este último la distribución en los términos municipales de San Aniol de Finestres, San Martín de Llémana y la parte de San Gregorio no cubierta por el suministro de ENHER. En el mismo convenio, se previó la posibilidad para el Sr. Ferroni de comunicar a ENHER la posible insuficiencia de la energía contratada para dar el servicio requerido, con el fin de estudiar la posibilidad de una ampliación de suministro.*

- 3.- *El 8 de noviembre de 1989, ELÉCTRICA DEL LLÉMANA contrató con HEC un segundo punto de suministro de 500 Kw, sobre la base de una posible ampliación de consumo de energía que había solicitado la empresa embotelladora de agua, Aigues Sant Anoil, que posteriormente no se llevó a cabo y, por lo tanto, Eléctrica del Llémana no realizó las obras convenidas entre ambos, consistentes en la construcción de una línea de enlace de 1.800 metros desde la línea de Les Planes d'Hostoles, propiedad de HEC, hasta la estación de medida del Sr. Ferroni en el término de Sant Aniol de Finestres. La ampliación no se llevó a cabo porque el citado cliente no llegó a necesitar la potencia que inicialmente había solicitado.*

- 4.- *El 19 de abril de 1995, tuvo lugar una reunión del Consejo*

*Comarcal de la Garrotxa celebrada en Olot (Gerona) con la presencia de la Delegación de Industria de Gerona, el Sr. Ferroni, representantes de ENHER y HEC y el alcalde de Sant Esteve de Llémana. En dicha reunión se comunicó que el servicio eléctrico de la empresa eléctrica del Llémana era deplorable, que no se atendían las peticiones de suministro y que las líneas estaban en mal estado.*

*Las empresas cárnicas del valle, Pernils Llémana, S.A., Codilma y Embutidos Sabarí, S.L. han manifestado haber necesitado durante unas horas determinadas generadores de electricidad propios, al ser insuficiente e irregular la disponibilidad de suministro de Eléctrica del Llémana. Afirma que en varias ocasiones pusieron dicha situación en conocimiento del Ayuntamiento quien a su vez recibía quejas de los vecinos por la mala calidad del servicio y por el ruido que producía la puesta en marcha de los grupos electrógenos de los industriales de la zona.*

*5.- El 26 de marzo de 1996, Eléctrica del Llémana solicitó a HEC un aumento de potencia hasta 1000 Kw para suministrar a las empresas de la industria cárnica del valle del Llémana, que estaban solicitando un mayor consumo de energía eléctrica, sin obtener respuesta alguna por parte de HEC durante el plazo de 60 días legalmente establecido.*

*6.- El 28 de marzo de 1996, HEC -con la intermediación de la autoridad municipal- negoció un convenio con dichas empresas de la industria cárnica del valle del Llémana. En virtud de dicho convenio HEC se comprometía a construir una línea con capacidad suficiente para cubrir las necesidades de las empresas cárnicas, que pasarían a contratar el suministro con HEC.*

*7.- El 31 de mayo de 1996, ENHER y HEC contestaron a la ampliación de potencia dirigida por Eléctrica de Llémana a HEC, manifestando que no tenían inconveniente alguno en satisfacer la demanda de aumento de potencia de 500 Kw según lo pactado del 8 de noviembre de 1989. Respecto a los 500 Kw adicionales, respondieron que estaban mejorando la alimentación de la zona del valle, y que cuando tuvieran finalizadas las obras se pondrían en contacto con Eléctrica del Llémana para tratar de nuevo el asunto.*

*Eléctrica del Llémana respondió a ENHER reclamando la ampliación de potencia de 1000 Kw y rechazando los impedimentos técnicos alegados.*

*8.- El 30 de julio de 1996. Eléctrica del Llémana requirió formalmente y por conducto notarial a ENHER solicitándole la posibilidad*

*de negociar el tema y advirtiéndolo que, de no existir dicha negociación, retendrían el abono de las cantidades que debían ser liquidadas a ENHER.*

*9.- ENHER y HEC solicitaron la suspensión del suministro que les fue denegada. Según Resolución dictada por la dirección General de la Generalidad de Cataluña, ENHER y HEC no pueden cortar el suministro de energía eléctrica a Eléctrica del Llémana, por afectar el corte a terceros.*

*10.- El 16 de diciembre de 1996, ENHER y HEC manifestaron ante la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) que HEC había construido ya la línea que permitiría satisfacer la demanda de ampliación de potencia solicitada, pero que no van a atender la petición por dos razones:*

*- Porque dicha empresa no paga a ENHER la energía que consume.*

*- Porque en realidad no necesita dicha ampliación, solicitada específica y exclusivamente para el suministro de las empresas cárnicas que ya han contratado el suministro con HEC.*

*11.- El 1 de julio de 1997, la CSEN dictó Resolución sobre la denuncia presentada por Eléctrica del Llémana contra ENHER y HEC manifestando la obligación de los denunciados de ofrecer a Eléctrica del Llémana los aumentos de potencia solicitados en el plazo de 20 días desde la notificación de la Resolución y a realizar las obras de extensión de redes que fueran necesarias para ofrecer el suministro. La Resolución ha sido recurrida ante el Ministerio de Industria y Energía.*

*12.- Eléctrica del Llémana ha perdido a sus clientes más importantes que representaban más del 30% de su volumen de negocios.*

3. En dicho Informe el Servicio considera que el grupo ENHER-HEC, desde una posición de dominio, no ha autorizado los aumentos de potencia solicitados por LLÉMANA a los que estaba obligada. Considera que dicha denegación constituye un abuso por parte de quien ostenta una posición de dominio y, por tanto, una infracción tipificada en el art. 6.2 de la LDC.
4. Transmitido el expediente a este Tribunal, éste acuerda, mediante Providencia de 15 de octubre de 1998, su admisión a trámite y designa

Ponente a D. Felipe Bermejo Zofío.

5. Abierto el trámite de proposición de prueba, y presentados los oportunos escritos, el Tribunal, mediante Auto de 23 de diciembre de 1998, acordó oficiar a la Delegación Territorial en Gerona del Departamento de Industria de la Generalidad de Cataluña para que remitiese:

- copia certificada del Acta de Inspección levantada en fecha 21 de mayo de 1998 en las instalaciones de ENHER que alimentan a LLÉMANA.
- copia certificada del Proyecto de Construcción de la línea de 25 Kw construida por HEC con origen en el sector Sol i Vent del Término Municipal de Amer y fin en el Término Municipal de Sant Esteve de Llémana.
- copia certificada de las denuncias presentadas por LLÉMANA contra ENHER por defectos en el suministro de dicha compañía a LLÉMANA, de fechas 21 de julio de 1997 y 7 de mayo de 1998.

Estos escritos fueron recibidos oportunamente.

El Tribunal acordó asimismo en dicho Auto :

- Oficiar a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, con domicilio en la calle Marqués del Duero, nº 4, para que remitiese copia certificada de la Resolución de fecha 1 de julio de 1997, dictada en el expediente entre LLÉMANA y ENHER-HEC. Esta copia fue remitida oportunamente.
  - Aceptar la prueba de confesión del presidente de ENHER. Dicha prueba se celebró en Barcelona el día 7 de julio de 1999.
  - Aceptar como pruebas de carácter documental diversos documentos que ya obraban en el expediente, en especial las alegaciones de ENHER ante la CSEN.
6. Mediante Providencia de 25 de marzo de 1999 se nombró Ponente a D. Luis Martínez Arévalo, en sustitución del Sr. Bermejo Zofío, quien había cesado en el Tribunal en virtud del Real Decreto 380/1999, de 5 de marzo.

7. El Tribunal deliberó y falló en su sesión plenaria de fecha 14 de septiembre de 1999, encargando la redacción de la presente Resolución al Vocal Ponente.
8. Son interesados :
  - Eléctrica del Llémana S.L.
  - Hidroeléctrica de Cataluña S.A.
  - Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A.

### **HECHOS PROBADOS**

1. El 26 de marzo de 1996, LLÉMANA solicitó a HEC un suministro adicional de 1.000 Kw de potencia para suministrar a ciertas empresas de la industria cárnica del valle del Llémana.
2. El 28 de marzo de 1996, HEC -con la intermediación de la autoridad municipal- negoció un convenio con dichas empresas de la industria cárnica del valle del Llémana. En virtud de dicho convenio HEC se comprometía a construir una línea con capacidad suficiente para cubrir las necesidades de tales empresas, que pasaron a contratar el suministro con HEC.
3. El 31 de mayo de 1996, ENHER y HEC contestaron a la ampliación de potencia dirigida por LLÉMANA a HEC, manifestando que no tenían inconveniente alguno en satisfacer la demanda de un aumento de potencia de 500 Kw. Respecto a los 500 Kw adicionales, respondieron que estaban mejorando la alimentación de la zona del valle, y que, cuando tuvieran finalizadas las obras, se pondrían en contacto con LLÉMANA para tratar de nuevo el asunto.

LLÉMANA respondió a ENHER reclamando la ampliación de potencia de 1.000 Kw y rechazando los impedimentos técnicos alegados.
4. El 30 de julio de 1996 LLÉMANA requirió formalmente, y por conducto notarial, a ENHER solicitándole la posibilidad de negociar el asunto y advirtiéndole que, de no existir dicha negociación, retendría el abono de las cantidades que debían ser liquidadas a ENHER.
5. ENHER y HEC solicitaron la suspensión del suministro al Departamento de Industria de la Generalidad de Cataluña, que les fue denegada.

6. Requerida para pronunciarse sobre el caso, la CSEN dictó resolución mediante la que se requería a ENHER-HEC para que, en el plazo de 20 días, atendiesen la solicitud de LLÉMANA.
7. Recurrida dicha resolución ante el Ministerio de Industria y Energía, ésta fue anulada por orden de 12 de noviembre de 1998.
8. En el momento de iniciarse el expediente HEC pertenecía plenamente al grupo ENHER, empresa que, desde 1994, había adquirido una posición mayoritaria en el accionariado de HEC; posteriormente ENHER llegó a controlar más del 99% del capital de HEC y finalmente procedió a una fusión por absorción de la compañía.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. En primer lugar, y antes de entrar en las cuestiones de fondo, conviene pronunciarse sobre las alegaciones de ENHER-HEC relativas a la existencia de litigios entre las partes ante diversas jurisdicciones. Por un lado, al formular sus alegaciones ante el Servicio, el 7 de agosto de 1997, ENHER-HEC manifiesta que ha sido objeto de dos demandas judiciales por incumplimiento contractual y solicita que el Tribunal (y presumiblemente el Servicio) se inhiban en sus actuaciones. Posteriormente, en el expediente presentado ante el Tribunal, consta sentencia por la que se condena a ENHER-HEC a pagar indemnización a LLÉMANA por el incumplimiento del contrato de suministro exclusivo firmado en 1972. Existe, finalmente, constancia de una serie de pleitos en los que ENHER-HEC solicita de LLÉMANA el pago de cantidades pendientes por suministros realizados en el pasado.

En relación con las demandas presentadas por LLÉMANA contra ENHER-HEC, el Tribunal estima que se trata de cuestiones que afectan fundamentalmente a las relaciones contractuales entre las partes, diferentes de los aspectos relacionados con el orden público económico, buen funcionamiento de los mercados, que se dirimen en el presente procedimiento. Tales cuestiones han sido correctamente planteadas ante los Tribunales civiles, sin que el pronunciamiento de éstos constituya requisito necesario para que el TDC pueda dictar resolución, ni su existencia deba motivar la inhibición del TDC.

Las mismas consideraciones, además de las que posteriormente se desarrollan en el Fundamento de Derecho N° 5, cabe realizar respecto a las demandas por impago de suministro formuladas por el grupo ENHER-HEC contra LLÉMANA, en las que se da la circunstancia adicional de que,



a diferencia de las anteriores, la propia ENHER-HEC no las alega como cuestiones que deban motivar la inhibición del Tribunal.

Finalmente, debe analizarse la solicitud de ENHER-HEC de que la querrela criminal interpuesta por LLÉMANA contra aquélla debe dar lugar a la paralización del expediente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la LDC. Debe hacerse la observación de que la solicitud de ENHER-HEC fue formulada en las fases finales del procedimiento ante el Tribunal, por lo que éste no ha tenido ocasión hasta el momento de pronunciarse sobre ella. La querrela criminal interpuesta por LLÉMANA hace referencia a un supuesto delito de defraudación de subvenciones, al alegarse que el grupo ENHER-HEC utilizó subsidios otorgados por el Ministerio de Industria y Energía, en virtud de los llamados programas de incentivación de la demanda, para construir el tendido eléctrico que permitió abastecer a las industrias cárnicas que, anteriormente, eran clientes de LLÉMANA.

En relación con esa querrela, el Tribunal considera que, si bien es cierto que los acontecimientos se encuentran relacionados y LLÉMANA, en el escrito que dirige al Juzgado de Instrucción de Madrid, con fecha 12 de enero de 1998, considera oportuno narrar extensamente los problemas surgidos en sus relaciones con ENHER-HEC a lo largo de un dilatado período de tiempo, no lo es menos que el asunto fundamental que en ella se dirime es diferente al que se plantea en el expediente sometido a consideración de este Tribunal. En efecto, el expediente abierto por el Servicio de Defensa de la Competencia hace referencia esencialmente a la negativa de suministro de energía eléctrica implícito en la negativa a ampliar la potencia máxima hasta los límites solicitados; ENHER-HEC procedió, por otra parte, a construir una línea nueva para atender las necesidades de las industrias cárnicas, para cuyo servicio LLÉMANA había solicitado la ampliación. Resulta evidente que la captación de estos nuevos clientes por parte de ENHER-HEC se vió facilitada por el hecho de que su competidor, LLÉMANA, no disponía de la energía necesaria, al haberle sido negado el suministro; no obstante, sigue siendo cierto que los actos de construir una línea para servir a unas determinadas industrias (financiada de forma legal o ilegal, que es el aspecto que se dirime ante los tribunales penales) y de autorizar o negar una ampliación de potencia a otra compañía eléctrica son conceptualmente diferentes. Por ello, el Tribunal considera que no procede la aplicación del art. 55 de la LDC ya que el proceso penal y el expediente administrativo no versan sobre los mismos hechos.

2. El aspecto fundamental que se dirime en el caso es si la falta de reacción de ENHER-HEC ante la solicitud de ampliación de potencia realizada por parte de LLÉMANA constituye una violación de la Ley 16/1889 de Defensa

de la Competencia (en adelante LDC). Como aspectos subordinados es necesario pronunciarse sobre si ciertos hechos alegados por ENHER-HEC para justificar su actitud pueden, en efecto, modificar el juicio que inicialmente pudiera formularse al respecto. Las alegaciones formuladas por ENHER-HEC en este sentido son esencialmente las siguientes:

- que, en años precedentes, LLÉMANA había solicitado una ampliación que no llevó a cabo.
- la mala calidad del servicio prestado por LLÉMANA.
- la deuda contraída por LLÉMANA frente a ENHER-HEC aun pendiente de pago en el momento de los hechos.
- lo innecesario de la ampliación solicitada por LLÉMANA.

3. Respecto de ese aspecto fundamental el Tribunal considera que la inactividad de ENHER-HEC ante la solicitud de ampliación de potencia constituye un supuesto de abuso de posición de dominio mediante negativa de suministro tipificado en el art. 6.2.c de la LDC. El mercado relevante respecto al que se predica dicha posición de dominio se encuentra definido por las características físicas del valle del Llémána y el hecho de que la única conexión posible de las líneas de LLÉMANA sea con las del grupo ENHER-HEC. Dicho valle constituye un marco claramente delimitado y debe considerarse el mercado relevante a efectos del caso que ocupa al Tribunal; en él la posición de dominio de ENHER-HEC resulta indiscutible.

En efecto, existe, en primer lugar, una posición de dominio ya que dos empresas del mismo grupo, ENHER y HEC, constituyen las únicas fuentes posibles de aprovisionamiento de la energía eléctrica que LLÉMANA revende después a los usuarios finales. La empresa HEC se encontraba claramente controlada por ENHER por lo que ambas empresas se encuentran sometidas a una evidente y notoria unidad de dirección. El grupo ENHER-HEC resulta, por tanto, proveedor necesario, a la par que competidor, de LLÉMANA. En esta doble capacidad debe entenderse que ENHER-HEC y LLÉMANA constituyen empresas distribuidoras en el sentido de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico (LOSEN), vigente en el momento de la comisión de los hechos.

Según dicha Ley, ENHER-HEC se encontraba legalmente obligada a suministrar corriente a LLÉMANA y a atender a sus necesidades de ampliación. Así lo entendió el organismo competente para dirimir los posibles conflictos en relación con las condiciones de acceso que era, en virtud del art. 41.2. de la LOSEN, la Comisión del Sistema Eléctrico

Nacional (CSEN), organismo que resolvió taxativamente a favor de LLÉMANA, en su Resolución de 1 de julio de 1997. Es cierto que esa Resolución fue recurrida por ENHER-HEC y que el Ministerio de Industria y Energía, mediante orden de 13 de noviembre de 1998, resolvió :

*“ha resuelto estimar los recursos ordinarios interpuestos por D. Miguel Espinar Agustín, en representación de Hidroeléctrica de Cataluña S.A., contra resolución de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, de 1 de julio de 1997, sobre denuncia presentada por ELÉCTRICA DEL LLÉMANA S.L., contra ENHER e Hidroeléctrica de Cataluña (HEC-I S.A.), anulándose la resolución impugnada, debiéndose actuar de conformidad con lo expresado en los anteriores Fundamentos de Derecho.”*

No obstante el Tribunal muestra su desacuerdo con la opinión expresada en el Fundamento de Derecho cuarto de la citada orden que señala:

*“SEGUNDO.- Constituye el objeto del presente recurso ordinario la decisión de la CSEN de considerar que ENHER S.A. y HEC-I S.A. no pueden negar a ELÉCTRICA DEL LLÉMANA S.L. la utilización de las redes y están obligadas a ofrecer los aumentos de potencia solicitados”.*

*“No puede considerarse como hace la CSEN, la cuestión planteada como una cuestión de acceso a terceros a las redes de distribución, pues ésta se refiere a las condiciones de tránsito de energía por las redes, cuestión distinta de la planteada aquí, que se refiere a la petición de un aumento de potencia en el suministro de energía, ya recibido, a tarifa regulada.”*

A) El Tribunal entiende, por el contrario, que la cuestión suscitada, consistente en la petición de un aumento de potencia, que necesariamente ha de ser atendida mediante el tránsito de fluido eléctrico a través de la red de suministros del grupo ENHER-HEC (tránsito que, a su vez, exige modificar las condiciones en que operan ciertos instrumentos de medición, en particular los llamados máxímetros), representa un problema típico de acceso a la red.

En este sentido el texto del artículo 41 de la LOSE era tajante.

*"Art. 41.1 Las empresas de distribución no podrán negar la utilización de una red a quienes actúen en el sistema independiente y a quienes actúen en el sistema integrado, salvo cuando ello impida el uso de la misma necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidor."*

Es cierto que el art. 41 parecía tener como objetivo fundamental asegurar que la energía enviada por empresas distintas a las definidas en la Ley en su art. 10.1 (esencialmente empresas generadoras y distribuidoras)

podiera circular libremente por el sistema, pero sería absurdo afirmar que este derecho no se aplicaba también a dichas empresas de generación y distribución que constituían los usuarios más frecuentes del sistema. Por el contrario, la lógica económica exige entender que el libre acceso a las redes integradas se aplicaba a todos los intervinientes en él y que el mencionado art. 41 tenía por objeto fundamental el asegurar el derecho incluso de aquellos agentes que no se encontraban expresamente categorizados en la Ley. En resumen, en virtud de dicho artículo, LLÉMANA tenía derecho a exigir que la energía eléctrica necesaria para sus actividades transitara por la red de una empresa de distribución (en este caso ENHER-HEC); tal derecho era independiente del origen inicial de dicha energía y del carácter permanente o esporádico que pudiera tener dicho tránsito y exigía que se procediese a otorgar la ampliación de potencia solicitada.

B) Además, la ley, en su art. 10.1.e, definía la actividad de las empresas distribuidoras de la siguiente forma:

*"Los distribuidores tendrán la función de construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a los usuarios finales."*

En virtud del art. 40 1.c. las empresas distribuidoras tenían la obligación de:

*"Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas."*

Y en virtud del art. 40.2.b. tenían el derecho de :

*"Tener aseguradas sus necesidades de energía eléctrica en los términos establecidos en la presente Ley."*

El Tribunal entiende que tanto ENHER-HEC como LLÉMANA debían ser consideradas empresas distribuidoras y, por tanto, sometidas a los derechos y obligaciones especificados en el art. 40. En virtud de dichos artículos, LLÉMANA tenía derecho a tener asegurado el suministro de energía eléctrica necesario para realizar sus actividades empresariales (consistentes en la reventa de dicha energía a terceros) y ENHER-HEC la obligación de proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución, ampliación que, en este caso, consistía en facilitar el aumento de potencia solicitado para atender a las nuevas demandas de suministro eléctrico de

su cliente, LLÉMANA.

Para llegar a una interpretación diferente de la LOSE hubiera sido necesario entender que ésta no regulaba las relaciones recíprocas entre empresas de distribución o que ENHER-HEC no son empresas de distribución. La primera interpretación sería manifiestamente absurda: aunque la Ley no preveía expresamente dichas relaciones, las obligaciones y los derechos del art. 40 se predicán *erga omnes*, como corresponde a una norma cuyo objeto es, según el art. 1, *regular las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica con carácter general y básico en todo el territorio español*. La segunda interpretación es igualmente absurda puesto que tanto ENHER-HEC como LLÉMANA suministraban energía al consumidor final, en el sentido más estricto del término, con lo que satisfacen al pie de la letra la definición de distribuidores del art. 10.c de la LOSE.

4. El Tribunal considera correcta la cualificación de los hechos realizada por el Servicio al considerarlos tipificados en el art. 6, y no en el art. 7, de la LDC; en efecto, el citado art. 6, por su mayor especificidad en relación con los supuestos de posición dominante, resulta de aplicación preferente a hechos que pudieran también quedar tipificados en el art. 7.
5. En relación con los hechos citados por ENHER-HEC como eximentes de la obligación de suministro impuesta por la Ley, debe observarse, con carácter general, que la actual posición de dominio de que disfruta el citado grupo empresarial, al igual que otros muchos que operan en el ámbito de lo que normalmente se denominan *servicios públicos*, deriva de ciertos condicionamientos físicos que inciden necesariamente sobre la prestación del servicio. Por ello, y como contrapartida a los derechos que disfruta, la Ley obliga a las empresas a realizar su actividad en un marco estricto que excluye ciertas actividades que serían legítimas en otras circunstancias.

Tal consideración es relevante al caso presente en relación con los posibles impagos de los suministros de energía eléctrica realizados en el pasado: en efecto, consta en el expediente que el Servicio Territorial de Gerona del Departamento de Industria Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña, en su resolución de 3 de marzo de 1997, resolvió denegar la solicitud de ENHER-HEC para que se le autorizase el corte de suministro a LLÉMANA, alegando para ello el interés de terceros que podrían verse afectados por dicho corte. Los problemas que podrían causarse a otros usuarios son obvios y justifican la necesidad de distinguir entre los litigios que pudieran surgir en las relaciones contractuales entre dos empresas que prestan un servicio y el interés público de los usuarios; doctrina que ha sido mantenida por este Tribunal en una reciente

Resolución (Expte. 431/98, Eléctrica Curós) que afecta al propio grupo ENHER (y, en concreto, a una de sus filiales, Hidroeléctrica del Ampurdán), cuyo Fundamento de Derecho núm. 8.e. señala:

*el que Eléctrica Curós no le pague la energía que le suministra, por lo que le adeuda una elevada suma de dinero es una cuestión que debe dirimirse ante los Tribunales de Justicia, pero no justifica en ningún caso una conducta como la realizada.*

El propio ENHER-HEC ha sido consciente de los aspectos civiles que se intercalan en sus relaciones con LLÉMANA y ha emprendido diversas reclamaciones judiciales para intentar obtener el pago de diversas cantidades que considera le son debidas.

6. Los elementos de servicio público, unidos a los problemas de seguridad que podrían derivarse del mal funcionamiento de un tendido eléctrico, justifican igualmente la existencia de una exigente normativa relativa a la calidad del servicio. ENHER-HEC y LLÉMANA cruzan acusaciones relativas al deficiente estado de las líneas del adversario y aportan documentos diversos en apoyo de su postura . El Servicio requirió a ENHER-HEC que aportara pruebas concretas de la mala calidad del suministro de energía eléctrica de LLÉMANA; el grupo denunciado aportó cartas de las tres empresas cárnicas que cambiaron de compañía distribuidora, cartas elaboradas con posterioridad, y a la vista de la recepción de la Providencia por ENHER-HEC, y que no pueden considerarse prueba concluyente de los hechos denunciados.

En todo caso, el elemento que el Tribunal considera decisivo a este respecto es que los diversos organismos públicos que tenían encomendadas funciones de vigilancia técnica del sistema eléctrico (Servicio Territorial de Gerona del Departamento de Industria Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña y CSEN) no apreciaron esta circunstancia y ordenaron a ENHER-HEC mantener el suministro de fluido a LLÉMANA, la primera institución, y proceder al incremento de potencia, la segunda, sin que la CSEN aceptase las alegaciones de ENHER-HEC para que tuviese en cuenta el deficiente estado de las líneas de LLÉMANA.

7. Finalmente, es evidente que no corresponde a ENHER-HEC el juzgar la política comercial de sus clientes ni de sus competidores, por lo que los argumentos relativos a lo innecesario de la ampliación o a la existencia de una solicitud que no fue puesta en práctica en el pasado son claramente impertinentes. En consecuencia, el Tribunal no acepta que los motivos esgrimidos por el grupo pudieran justificar legalmente su negativa de

venta.

8. En estas condiciones el Tribunal aprecia que las empresas ENHER e HEC han incurrido en un supuesto de abuso de posición de dominio, prohibido por la LDC en su art. 6, y que proceden las sanciones previstas por dicha Ley. Al fijar la cuantía de las sanciones el Tribunal ha tenido en cuenta, de acuerdo con el art. 10.2 de la LDC, la gravedad de la conducta sancionada, que ha impedido a LLÉMANA el normal desarrollo de su actividad empresarial, la duración de, al menos, tres años de la negativa de suministro y la cifra de facturación del negocio afectado en el valle del Llémana. Asimismo, ha tenido en cuenta la pluralidad de conductas contrarias a la competencia llevadas a cabo en la Comunidad de Cataluña por parte de empresas filiales del grupo ENHER, que debe entenderse grupo controlador a efectos del art. 8 de la citada Ley, lo que justifica una sanción más elevada.

Por todo ello, el Tribunal

### **RESUELVE**

1. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC, consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de suministro de energía eléctrica solicitada por LLÉMANA, e imponer sanción a las empresas Hidroeléctrica de Cataluña S.A. y la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A. responsables de dicha acción.
2. Las sanciones que se imponen son las siguientes :
  - a Hidroeléctrica de Cataluña, 15 millones de pesetas.
  - a la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A., 25 millones de pesetas.
3. Intimar a dichas empresas para que cesen en la práctica y se abstengan de realizarla en el futuro
4. Ordenar la publicación, a su costa y en el plazo de un mes, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general de difusión nacional. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.