

RESOLUCIÓN (Expte. R 469/01, Fenosa/Zarzo)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 17 de diciembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 469/01 (2087/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por el Procurador D.Argimiro Vázquez Guillen, en nombre y representación de la empresa Eléctrica Cabañas contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 14 de diciembre de 2000, por el que se acuerda el sobreseimiento del expediente que se inició por denuncia presentada por dicha entidad contra Unión Eléctrica Fenosa S.A y su filial Hidroeléctrica del Zarzo S.A. por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 26 de octubre de 1999, la entidad Eléctrica de Cabañas S.L. formuló denuncia contra Unión Fenosa S.A y su filial, Hidroeléctrica del Zarzo S.A. Los hechos que eran objeto de dicha denuncia consistían básicamente en los siguientes:
 - Por una parte, se denunciaba que Unión Fenosa concedía aumentos de potencia a su filial, Hidroeléctrica del Zarzo sin ningún tipo de condición, mientras que a la denunciante se le imponían

determinadas condiciones, exigiéndole, por ejemplo, que dicho incremento de energía no fuese utilizado para invadir zonas ya atendidas por otra empresa distribuidora competidora.

- Por otro lado, señala que, encontrándose la denunciante suministrando luz de obra a un edificio, sito en el margen izquierdo de la carretera de Betanzos, cuyo promotor era la entidad Envasa S.L., Hidroeléctrica del Zarzo S.A ofreció suministro eléctrico definitivo a dicho edificio condonándole el pago de todos los derechos de acometida, por lo que dicha promotora contrató el suministro definitivo con Hidroeléctrica del Zarzo, pasando dicha entidad a suministrar energía eléctrica al referido inmueble. Afirma, además, que esta situación se va a repetir en otro edificio en construcción situado en Penso-Cabañas, cuyo promotor ya le ha manifestado que piensa contratar el suministro definitivo con Hidroeléctrica del Zarzo, toda vez que le condonaba los derechos de acometida.

Por todo ello, considera que existe una infracción del art. 6 de la LDC por parte de Unión Fenosa, así como una infracción del artículo 7 de la citada Ley por parte de Hidroeléctrica del Zarzo quien está realizando actos de competencia desleal que falsean la libre competencia.

2. El Servicio, con fecha 28 de febrero de 2000, dictó Providencia ordenando la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 6 y 7 de la LDC y, tras la realización de diferentes actuaciones para la averiguación de los hechos, dictó, con fecha 14 de diciembre de 2000, un Acuerdo motivado de sobreseimiento del expediente.

Concretamente el Acuerdo señalaba que “Los aumentos de potencia de Hidroeléctrica del Zarzo y de Eléctrica de Cabañas siguen un régimen normativo distinto. Los aumentos de Hidroeléctrica del Zarzo están dentro del régimen general, es decir, se encuentran dentro del 10% de los crecimientos vegetativos máximos que estipula la normativa vigente y no necesitan autorización, mientras que Eléctrica Cabañas se encuentra dentro de un régimen especial aplicable a aquellas empresas que estaban en funcionamiento en 1997 y que supone una excepción al permitir incrementos de consumo por encima de ese 10% de crecimiento vegetativo que estipula la normativa vigente. Es por ello que, en el caso de Eléctrica de Cabañas, se precisa autorización de la Dirección General de la Energía previo informe de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y del informe favorable de la Junta de Galicia y,

en el caso de Hidroeléctrica del Zarzo, no se precisa de tal autorización. En cualquier caso, no es Unión Fenosa, aunque sea la empresa suministradora de ambas, la que autoriza dichos incrementos ni la que pone condiciones..., por lo que no puede inferirse que Unión Fenosa haya abusado de su posición de dominio.

En cuanto a los actos de competencia desleal que la denunciante imputa a Hidroeléctrica del Zarzo consistentes en condonar los derechos de acometida a las promotoras de dos edificios en construcción, cuando dichas empresas tenían contratada la luz de obra con Eléctrica de Cabañas..., de la documentación aportada no puede inferirse que sean actos de competencia desleal. Se trata de un hecho puntual encuadrado en una campaña promocional, promoción del calor económico, y que la citada empresa utiliza como herramienta de política comercial... Las promotoras de edificios de viviendas en construcción que quieran acogerse a la campaña promocional del calor económico, reciben por parte de Hidroeléctrica del Zarzo, a modo de subvención, el equivalente al importe de los derechos de acometida para poder realizar la preinstalación de los circuitos de energía eléctrica necesarios para la instalación del calor económico en dichas viviendas. No hay constancia de que la actuación denunciada haya tenido una motivación ni finalidad anticompetitiva.”

3. Contra dicho Acuerdo, la denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 16 de enero de 2001, en el que muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y reitera, básicamente, los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.
4. Mediante escrito de 22 de enero de 2001 el Tribunal, según lo dispuesto en el art. 48 de la LDC, solicitó al Servicio la remisión del correspondiente informe, así como que expresara la fecha de notificación del escrito y remitiera las actuaciones seguidas por el mismo.
5. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 24 de enero de 2001 el Servicio comunica que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida.
6. Por Providencia del Tribunal, de 30 de enero de 2001, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan

alegaciones, presentándose escrito por las denunciadas con fecha 8 de febrero, y por la denunciante, el 23 de febrero de 2001.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 27 de noviembre de 2001.
8. Son interesados:
 - Eléctrica de Cabañas S.L.
 - Unión Eléctrica Fenosa S.A.
 - Hidroeléctrica del Zarzo S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo de 14 de diciembre de 2001, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se sobreseyó la denuncia formulada por la hoy recurrente.

Para fundamentar su pretensión, la recurrente, alega, básicamente, los siguientes extremos:

- a) En primer término, insiste en la realidad de los hechos expuestos en su escrito de denuncia, señalando que Unión Fenosa e Hidroeléctrica del Zarzo ostentan una posición de dominio en el mercado eléctrico gallego y, en concreto, en Cabañas, afirmando que esta última condonó los derechos de acometida a los promotores de dos edificios (unas 60 viviendas), que tenían contratada luz de obra con la recurrente, desmantelando la acometida construida por ella en uno de los edificios, realizando dichos hechos prevaliéndose de la posición e infraestructura de Fenosa, quien, además, le impide prestar adecuadamente el suministro eléctrico en la Parroquia de Cabañas, impidiéndole el acceso al Centro de Seccionamiento. Afirma que dichos hechos tienen una clara finalidad anticompetitiva con el objeto de expulsar del mercado de Cabañas a la denunciante.
- b) Por otra parte, señala que, al amparo de los artículos 8 y siguientes del Real Decreto 2949/1982, de 15 de noviembre y del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, la percepción de los derechos de acometida por parte de las empresas eléctricas tienen un carácter imperativo, de manera que la condonación de dichos

derechos por parte de Hidroeléctrica del Zarzo constituyen un acto de competencia desleal.

Por todo ello, considera que las denunciadas, prevaliéndose de la posición de dominio que ostenta Unión Fenosa y de la situación de dependencia de la denunciante, han realizado una conducta predatoria, con la finalidad de incrementar su cuota de mercado por lo que se debe revocar el Acuerdo del Servicio que declaró el sobreseimiento del expediente, dictando Resolución por la que se declare la existencia de posición dominante y actos desleales por parte de las empresas denunciadas.

Por el contrario, el Servicio y la entidad Unión Eléctrica Fenosa, S.A se oponen a la estimación del presente recurso solicitando la confirmación del sobreseimiento acordado.

2. La adecuada resolución del presente recurso exige distinguir entre las dos conductas denunciadas, a saber: el trato discriminatorio que se imputa a Unión Fenosa respecto de la denunciante y la realización por parte de Hidroeléctrica del Zarzo de una conducta desleal.

Por lo que se refiere a la primera, es preciso afirmar que es verdad, y así es reconocido por todos los implicados en este expediente que Unión Fenosa ostenta posición de dominio y que la denunciante se halla en situación de dependencia respecto de ella, puesto que le suministra la energía que distribuye. Ahora bien, como afirma el Servicio, no es cierto que Unión Fenosa haya impuesto en dicho suministro a la hoy recurrente condición alguna que implique un trato discriminatorio en relación con su filial, Hidroeléctrica del Zarzo.

En efecto, el contenido de la instrucción efectuada por el Servicio, pone de manifiesto que la condición impuesta a la hoy recurrente y por ella denunciada, consistente “en no invadir zonas ya atendidas por otra empresa distribuidora de energía colindante”, además de no depender de actuación alguna de Unión Fenosa, siendo establecida por la Dirección de la Energía, deriva de la normativa aplicable, integrada fundamentalmente por la Ley 54/97, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico.

Así, la Disposición Transitoria undécima de la citada Ley dispone *“Hasta el año 2007 los distribuidores que vinieran operando con anterioridad al 1 de enero de 1997... podrán acogerse al régimen tarifario que para estos distribuidores apruebe el Gobierno... Estos*

distribuidores deberán adquirir, en todo caso, la energía eléctrica como sujetos cualificados, en aquella parte de su consumo que exceda del realizado en el ejercicio económico de 1997, incrementando en el porcentaje de su crecimiento vegetativo que reglamentariamente se determine". Al amparo de dicha normativa, la hoy recurrente, Eléctrica Cabañas, que es una empresa de distribución de energía eléctrica que estaba en funcionamiento en 1997, solicitó el 17 de agosto de 1998 de la Dirección de la Energía, autorización para incrementar su consumo por encima del 10%, obteniendo de dicha Dirección la correspondiente autorización, pero con la condición antes señalada (Resolución de dicha entidad, obrante a los folios 81 y 82 del expediente), mientras que, como se desprende del expediente, los aumentos de consumo de Hidroeléctrica del Zarzo, en los tres últimos años, se encuentran dentro del 10% de los vencimientos vegetativos máximos que estipula la citada Ley del Sector Eléctrico y el Real Decreto 2066/1999, de 30 de diciembre y no necesita autorización.

En definitiva, no se puede imputar a Unión Fenosa una actuación discriminatoria derivada de la imposición de condiciones diferentes entre la empresa denunciante y denunciada cuando Fenosa no es la competente respecto de la denunciante para conceder dichas autorizaciones o imponer condiciones.

3. Por lo que se refiere a la actuación desleal, el debate se centra en dilucidar si la condonación de los derechos de acometida efectuada por Hidroeléctrica del Zarzo a los promotores de dos edificios en construcción en el municipio de Cabañas, cuando dichas empresas tenían contratada la luz de obra con la denunciante, constituye o no una actuación desleal en la competencia por parte de las denunciadas.

La recurrente afirma que sí, fundamentalmente, por dos razones: por existir una infracción de normas, toda vez que los derechos de acometida no pueden ofrecerse con carácter gratuito, pues se trata de materia regulada, de manera que dichos derechos tienen carácter imperativo, y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, se ha realizado por parte de las denunciadas una captación de clientes a los que venía suministrando la denunciante, mediante la aplicación de condiciones comerciales preferentes para incrementar su cuota de mercado, lo que constituye una conducta desleal y anticompetitiva, y, por tanto, una infracción del artículo 6 y 7 de la LDC.

Pues bien, para la adecuada resolución de dicha cuestión ha de partirse del análisis del expediente que permite deducir una serie de conclusiones objetivas que pueden sistematizarse en las siguientes:

- a) En primer lugar, se ha de indicar que, si bien es cierto que los derechos de acometida se encuentran regulados en la Ley 54/97, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 2949/1982, de 15 de octubre, en ninguna de dichas normas se establece un carácter “imperativo” de dichos derechos, sino que lo que se regula es el cobro de unos derechos máximos por dicho concepto, pero en precepto alguno se prohíbe que se puedan reducir e incluso condonar. En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Política Energética (Resolución obrante al folio 130 del expediente).
- b) En segundo lugar, se ha de señalar que la campaña promocional realizada por Hidroeléctrica del Zarzo se ha efectuado no sólo en el municipio de Cabañas, lugar donde la empresa denunciante ostenta una mayor cuota de mercado que la de las demás empresas distribuidoras, sino también en otras áreas donde actúa la denunciada, Hidroeléctrica del Zarzo, como en Puentedeume, donde dicha empresa realiza su actividad de distribución en situación de monopolio, sin que conste tampoco que el coste de los derechos de acometida sean predatorios y discriminatorios, pues, como señala el Servicio, a cambio de la acometida efectuada, los promotores de las viviendas realizan la preinstalación de los circuitos de energía eléctrica necesarios para la instalación de las viviendas, de manera que los usuarios de dichas viviendas puedan optar por la energía eléctrica como sistema de calefacción frente a otras fuentes de energía.
- c) Por otra parte, la circunstancia de prestar la luz de obra no significa que se tenga derecho a realizar el suministro definitivo, pues, como señala la Resolución de la Consejería de Industria de Galicia, obrante al folio 113 del expediente, contestando a una petición de la hoy recurrente, “contrariamente a lo que alega la recurrente, es de señalar que del artículo 18 del Reglamento de Acometidas Eléctricas no puede deducirse que la acometida definitiva tenga que ser realizada por la misma empresa distribuidora que haga el suministro provisional de obra”.
- d) Finalmente, en cuanto a las dificultades que, según la denunciante, le viene poniendo la denunciada para el acceso al Centro de

Seccionamiento, no existe prueba alguna de la realidad de dicho hecho, constando únicamente la petición de la denunciante a la Junta de Galicia y la Resolución de ésta accediendo a la misma.

De todo cuanto acaba de exponerse se deduce, sin dificultad, que son ajustados los argumentos contenidos en el Acuerdo recurrido acerca de la inexistencia de un comportamiento desleal por parte de las denunciadas, pues no existe violación de norma alguna y, por tanto, vulneración del artículo 15 de la LCD, ni tampoco se ha producido actuación infractora de los artículos 8 y 17 de dicha Ley, sino que la actuación denunciada se encuadra dentro de una campaña efectuada por Hidroeléctrica del Zarzo en el legítimo ejercicio de su actividad y política comercial y no con la finalidad de eliminar a un competidor mediante actos discriminatorios y predatorios, pues, aunque se admitiera que Hidroeléctrica del Zarzo ostenta una posición de dominio en el mercado de la distribución, no puede desconocerse que, como ha señalado este Tribunal, “es doctrina consolidada en el derecho de la competencia comunitario que si bien incumbe a la empresa dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia, también lo es que la empresa dominante ha de mantener su esfuerzo competitivo reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia”, (Resolución de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/99 Retevisión/Telefónica), máxime cuando nuestra Constitución hace gravitar el sistema económico en la libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial del mercado, sin que las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas simplemente por ello como desleales, si no existe una conducta orientada de forma directa a perjudicar significativamente a los competidores o ilícito concurrencial alguno subsumible en la ley 3/1991, sobre Competencia Desleal.

De lo anteriormente expresado, se desprende la inexistencia de indicios de infracción alguna del artículo 6 de la LDC, ni tampoco del artículo 7 de la misma, pues asentado éste último en la existencia de una competencia desleal, inexistente en el caso examinado, se ataja la posibilidad de apreciar infracción de dicho precepto, procediendo, por tanto, la desestimación del recurso, todo ello sin perjuicio de que, como advierte el Servicio, dada la situación de dependencia de la recurrente de Unión Fenosa, ésta ha de ser especialmente cuidadosa en sus actuaciones.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría

RESUELVE

Único. Desestimar el recurso interpuesto por la entidad Eléctrica De Cabañas S.L., contra el Acuerdo de sobreseimiento de 14 de diciembre de 2000, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

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 en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.