

RESOLUCIÓN (Expte. R 187/96. Electra Caldense)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 15 de julio de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente r 187/96 (1384/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Albert Xalabarder Miramanda, en nombre y representación de ELECTRA CALDENSE, S.A. (en adelante, E. Caldense) contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Servicio de Defensa de la Competencia), de 3 de octubre de 1996, de archivar la denuncia formulada por la recurrente contra ENDESA, S.A., y sus filiales EMPRESA NACIONAL HIDROELECTRICA DEL RIBAGORZANA, S.A. (en adelante, ENHER) e HIDROELECTRICA DE CATALUNYA-I, S.A. (en adelante, HEC), por presuntas prácticas tipificadas en los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en no atender la petición de ampliación de potencia y condicionarla a la exigencia de aval bancario y al pago de un sobreprecio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de abril de 1996 se recibió en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) una denuncia presentada por E. Caldense por supuestas prácticas prohibidas por los arts. 1 y 6 de la LDC, consistentes en la actitud de ENHER y HEC de no atender las peticiones de ampliación de potencia y condicionarlas al pago de un sobreprecio, lo que supondría abuso de posición dominante, prácticas concertadas por las empresas suministradoras y explotación de la dependencia económica de la denunciante (arts. 5 y 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal).

2. El Servicio, después de realizar una información reservada, dictó el 3 de octubre de 1996 un Acuerdo de archivo de las actuaciones seguidas por la mencionada denuncia al no observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC.
3. Con fecha 31 de octubre de 1996 se recibió en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal) un escrito de E. Caldense por el que interpone recurso contra el Acuerdo anterior y solicita que se sancione a las empresas denunciadas por negar el suministro, que se atiendan sus necesidades de electricidad y, como medida cautelar, que se mantenga el suministro en las condiciones legalmente establecidas.
4. El 4 de noviembre de 1996 el Tribunal remitió a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia el escrito recibido de interposición de recurso solicitando informe sobre el mismo y las actuaciones seguidas en el Servicio.
5. El 7 de noviembre de 1996 se recibió en el Tribunal el expediente del Servicio y el informe solicitado en el que, tras señalar que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el art. 47 LDC y que el grupo ENHER-HEC goza de posición de dominio en el mercado de la distribución de energía eléctrica en la población de Caldes de Montbui -ya que E. Caldense no puede acceder a otro suministrador-, sin embargo, manifiesta que no cabe hablar de abuso de dicha posición porque, según Resolución de la Dirección General de la Energía Eléctrica de Cataluña, ENHER no puede cortar el suministro de energía eléctrica a E. Caldense y no ha atendido a sus solicitudes de ampliación de potencia ante la falta de pago del sobrepago pactado por contrato y de la energía consumida. El Servicio considera que la relación contractual entre dos empresas es una cuestión ajena al derecho de la competencia y denunciable en los Tribunales de Justicia ordinarios y, en consecuencia, concluye que no procede adoptar la medida cautelar solicitada y que debe mantenerse el Acuerdo de archivo.
6. Por Providencia del Tribunal de 8 de noviembre de 1996 se designó Ponente y se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones. En las mismas la recurrente manifiesta que el Servicio llega a conclusiones erróneas, que quienes incumplen son las denunciadas mediante constantes cortes e interrupciones en el servicio para tratar de echarla del mercado, por lo que reitera el contenido de sus escritos de denuncia y recurso. ENDESA no formula alegaciones, mientras que sus empresas filiales denunciadas ENHER y HEC, en la línea de la argumentación del Acuerdo del Servicio, excluyen la comisión de

conductas prohibidas por la LDC, alegando que quien abusa es E. Caldense con su actitud morosa amparada en la

impunidad del necesario suministro a terceros y que las discriminadas son las suministradoras por el mayor margen en el precio del que disfruta E. Caldense, desequilibrio que la LOSEN prevé homogeneizar y que cabe atemperar en base al Reglamento de Verificaciones Eléctricas (en adelante, RVE), aprobado por Decreto de 12 de marzo de 1954, según el cual, en caso de desacuerdo, dictaminaría el órgano competente, que en este caso es la Dirección General de la Energía de la Generalidad de Cataluña y sus Servicios Territoriales de la provincia, sobre la procedencia de la contratación de energía proyectada y sus condiciones.

7. Con fecha 10 de diciembre de 1996 tiene entrada en el Tribunal un escrito complementario de alegaciones de ENHER comunicando que hace escasos días E. Caldense ha abonado una de las tres facturas que tenía pendientes y que correspondían al suministro de 1996.
8. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y acordó el fallo del presente recurso encargando al Ponente la redacción de la Resolución.
9. Son interesados:
 - Electra Caldense, S.A.
 - ENDESA, S.A.
 - Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana, S.A.
 - Hidroeléctrica de Catalunya, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los hechos denunciados por E. Caldense, según han sido resumidos por la propia denunciante en su escrito de recurso, son fundamentalmente los dos siguientes: primero, negar injustificadamente las denunciadas la venta de energía adicional requerida por la empresa distribuidora local al no concederle los aumentos de potencia solicitados, cuando son el único suministrador posible; y, segundo, exigir éstas conjuntamente un sobreprecio de 1,5 pta./kW h que considera E. Caldense absolutamente en contra de lo que disponen las tarifas oficiales, junto a la exigencia de un aval bancario por el importe de la compra prevista de energía en cinco años, condición que califica de abusiva y sin precedentes. Estas conductas las tipifica como comprendidas en los artículos 1 y 6 de la LDC. Además, E. Caldense considera que los hechos denunciados constituyen un caso de competencia desleal y de explotación de la situación de dependencia

económica, tipificados en los arts. 5 y 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

2. Las entidades denunciadas no niegan la veracidad de estos hechos ni el Servicio tampoco quien, además, reconoce que las prácticas se han producido y que ENHER y HEC gozan de posición de dominio en el mercado de la distribución de energía eléctrica en Caldes de Montbui, ya que E. Caldense no puede acceder a otro suministrador por lo que se encuentra, asimismo, en una situación de dependencia económica. Sin embargo, el Servicio aprecia que no se puede calificar de abuso de posición de dominio el no atender las solicitudes de ampliación de potencia, debido a que a E. Caldense se le imputa no pagar ni el sobreprecio pactado por contrato ni la energía eléctrica consumida. Por otro lado, al no haber en las denunciadas pluralidad de partes por formar un grupo de empresas, tampoco cabe infracción del art. 1 de la LDC y, en cuanto a la acusación de competencia desleal, la valoración que hace el Servicio en su Acuerdo de archivo es literalmente la siguiente:

"Si bien es cierto que existe una relación de dependencia entre ambas empresas no se puede hablar, sin embargo, de explotación tal y como establece el artículo 16.2 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, ya que el GRUPO ENHER-HEC-I está obligado a suministrar la energía eléctrica a ELECTRA CALDENSE, S.A., y ha puesto de manifiesto en la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria y Energía que no atenderá las ampliaciones de suministro que reciban de ELECTRA CALDENSE en tanto no se disponga de garantías justas y necesarias, habida cuenta que ENHER ofrece suministro en el mismo municipio..."

3. Recurrido el Acuerdo de archivo, deberá analizarse en el presente procedimiento si los hechos revisten a primera vista características de constituir infracción de las normas concurrenciales y si de la información disponible se deducen datos que permitan afirmar que existen indicios suficientes para justificar la incoación de un expediente.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas, siendo bastante que únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o archivar la denuncia.

También es doctrina de este Tribunal que la información reservada no es un procedimiento apto para decidir la certeza de unos hechos sobre los que existan, inicialmente, versiones distintas de las partes. Cuando se dan

contradicciones en las conductas relacionadas, el Servicio, para fijar los hechos, debe abrir el expediente contradictorio.

4. La valoración jurídica que hace el Servicio, tras la instrucción de una información reservada, le lleva a considerar, por un lado, que la negativa del grupo ENHER-HEC a atender las ampliaciones de suministro podría estar justificada por la actitud en los pagos de la denunciante que puede suponer el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y, por otro, en la intención de dicho grupo de suministrar la energía directamente a los consumidores, de lo que el Servicio concluye que no existe abuso de posición de dominio, sino que se trata de una cuestión ajena al derecho de la competencia propia de la jurisdicción ordinaria.
5. El Tribunal, sin embargo, no comparte esta conclusión a la que llega el Servicio, apreciando que no ha profundizado suficientemente en la investigación de unas conductas presuntamente anticompetitivas, pues los hechos denunciados y las alegaciones realizadas no parecen ser fruto de la casualidad, sino que ofrecen suficientes visos de verosimilitud como para que el Servicio incoe el correspondiente expediente basándose en lo que seguidamente se expondrá. Además, entiende el Tribunal que existen en este expediente algunas cuestiones fundamentales del marco legal del sector eléctrico que deberían ser analizadas para poder decidir con certeza cuál ha sido el comportamiento de las empresas enfrentadas en una situación especial de cambio en la normativa sectorial y a la vista de lo dispuesto en la LDC.

En efecto, el Tribunal considera, por una parte, que en el análisis de los hechos se observa, y no lo desmienten las contendientes, que las largas relaciones contractuales entre HEC y E. Caldense fueron correctas desde 1956 hasta que en 1994 -precisamente ante la nueva perspectiva reguladora- la primera decidió distribuir directamente, para lo cual alega que precisaba modificar el contrato, cosa que hizo, rescindiéndolo a partir de 1º de mayo de 1995, mediante carta de 18 de octubre de 1994. Y en lo que respecta a las relaciones ENHER-E. Caldense, los conflictos son mucho más antiguos pero limitados al impago desde 1989 del sobrepago pactado en 1984 y, posteriormente, de determinados recibos mensuales, aunque también parecen agudizarse los conflictos en el mismo año 1994, si bien el contrato permanece vigente al no haber sido denunciado por ninguno de los dos contratantes hasta que ambas denunciadas, conjuntamente, por carta de 12 de marzo de 1995, deciden invalidar los contratos y proponer las nuevas condiciones de precio y de pago para la totalidad de la energía con el fin de tratar ellas de suministrar directamente a los consumidores.

Por otra parte, la aprobación de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, LOSEN) significó un cambio en la regulación del sector eléctrico con la introducción de elementos de concurrencia y competitividad que, incluso antes de haber sido aprobada, iba de algún modo a

facilitar la toma de posiciones entre grandes grandes y pequeños distribuidores al encontrarse en situación de competencia en determinadas zonas en las que ambos pretenden captar la clientela, si bien los pequeños dependen de los primeros para obtener la energía que revenderán a sus clientes con lo que, tanto las desiguales relaciones entre distribuidores como la transitoriedad del marco jurídico, podían aprovecharse para la realización de prácticas abusivas cuya investigación el Tribunal considera también fundamental que se analice en este expediente.

6. Así, el Tribunal estima que es importante intentar acreditar, en cuanto a la obligación de las empresas distribuidoras de atender las necesidades de energía, si han cumplido el art. 78 del RVE, todavía en vigor, que dispone que "las empresas distribuidoras de energía eléctrica están obligadas a efectuar el suministro conforme a las tarifas de aplicación autorizadas, a todo peticionario del mismo o a la ampliación del correspondiente a un abonado". "Si alguna empresa se negara a suministrar energía eléctrica se procederá por la Delegación de Industria (o la Administración competente, en su caso,) a comprobar si tiene fundamento técnico tal negativa y, en caso contrario, la Delegación de Industria hará obligatorio el suministro a los precios de las tarifas vigentes, imponiendo a la empresa una multa...". En este mismo sentido, el art. 43.1a) de la LOSEN establece que las distribuidoras deberán "atender en condiciones de igualdad las demandas de los nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen...".

Y en cuanto a la obligación de extensión de las redes, hay que tener en cuenta, por un lado, que el art. 87 del RVE exige que "las entidades distribuidoras que tengan establecidas redes en alta o baja tensión están obligadas a efectuar las ampliaciones necesarias para atender las exigencias del mercado eléctrico en las zonas que estén servidas por dichas entidades distribuidoras, tendiendo las redes en alta o baja tensión...". Y, por otro lado, el art. 40. 2b) y c) de la LOSEN dispone que las empresas distribuidoras tendrán aseguradas sus necesidades de energía eléctrica en condiciones no discriminatorias, y el art. 40.1c) de la misma Ley establece que las empresas distribuidoras deberán "proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro...".

Por lo tanto, el Tribunal considera que interesa conocer si, a la vista de dicha normativa, tenía el grupo ENHER-HEC la posibilidad de considerar inválidos los contratos con E. Caldense, según le comunica en la carta de 12 de marzo de 1995; si podía dicho grupo no atender las solicitudes de ampliación de potencia por pretender suministrar directamente a los clientes finales; y, por último, si son abusivas las condiciones contractuales ofrecidas conjuntamente con un peaje de 1,5 pta./kW h

aplicable al total de la energía y exigir aval bancario por el importe estimado del consumo de cinco años, según carta del mencionado grupo de 18 de mayo de 1995. Pues bien, estas cuestiones no aparecen suficientemente investigadas en el expediente.

7. Cosa distinta sucede con un aspecto tan significativo del problema como es el de cuál ha de ser el régimen retributivo aplicable que ha sido resuelto con la aprobación de la Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 27 de diciembre de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 2204/95, de 28 de diciembre, que establece la tarifa eléctrica para 1996, y que, en relación con los pequeños distribuidores, dispone en su apartado Primero:

"Hasta tanto no se desarrolle el artículo 16.1 c) de la Ley 40/94, de 30 de diciembre, el régimen económico aplicable para la adquisición de la energía destinada al suministro a 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 de 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".

En definitiva, estima el Tribunal que por el momento el régimen retributivo aplicable resulta, así, aclarado pues, por una parte, el gran distribuidor está obligado a realizar las instalaciones correspondientes, pero, por otra, el pequeño distribuidor no tendrá derecho a satisfacer la tarifa D por la totalidad de los aumentos de potencia, sino sólo por aquéllos que correspondan a un crecimiento de su mercado que no exceda del 10% anual y a adquirir a la tarifa general correspondiente el resto.

8. Por último, el Tribunal en su reciente Resolución de 14 de mayo de 1997 (Expte. r 180/96, Hidroeléctrica Ampurdán) en el apartado 3 de su parte

dispositiva acordó en relación con los conflictos entre grandes y pequeños distribuidores de energía eléctrica lo siguiente:

"Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y, en su caso, incoe los oportunos expedientes sancionadores, si por parte de las compañías productoras de energía eléctrica se están llevando a cabo prácticas contrarias a la libre competencia que produzcan o

puedan producir como efecto la expulsión del mercado de empresas que actúen exclusivamente como distribuidores".

9. Por todo ello, es opinión de este Tribunal que el Servicio debe continuar la investigación de este caso para averiguar si el grupo ENHER-HEC ha realizado contra E. Caldense prácticas prohibidas en los arts. 1 y 6 de la LDC, por lo que procede revocar el Acuerdo de archivo y ordenar la incoación del correspondiente expediente.
10. Por otra parte, la revocación del Acuerdo de archivo del Servicio no tiene la consideración de acto definitivo que ponga fin a un procedimiento, sino que, por el contrario, produce el efecto de la continuación del mismo. En el curso de dicho procedimiento los interesados van a poder intervenir presentando las alegaciones y proponiendo las pruebas que a su derecho convenga, tanto en la fase procesal que se desarrolla ante el Servicio como, en su caso, en la que tiene lugar ante el Tribunal. Así pues, siendo esta Resolución un acto administrativo que, aunque no es susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no es definitivo ya que no decide sobre el fondo del asunto ni pone término a dicha vía o imposibilita su continuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no podrá ser impugnada, en este momento, ante la citada jurisdicción.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Estimar el recurso interpuesto por D. Albert Xalabarder Miramanda, en nombre y representación de Electra Caldense, S.A. y, en consecuencia, revocar el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 3 de octubre de 1996 por el que se procede al archivo de su denuncia e interesar de dicho Servicio que incoe expediente a la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana, S.A., y a Hidroeléctrica de Catalunya-I, S.A., e investigue los motivos que las llevaron a

rescindir los contratos, no atender las peticiones de ampliación de potencia y condicionarlas al pago de un sobreprecio y a la presentación de un aval, por si tales conductas pudieran constituir infracción de los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su caso, proceda contra la Resolución de este Tribunal que, en su momento, ponga fin al expediente en vía administrativa.